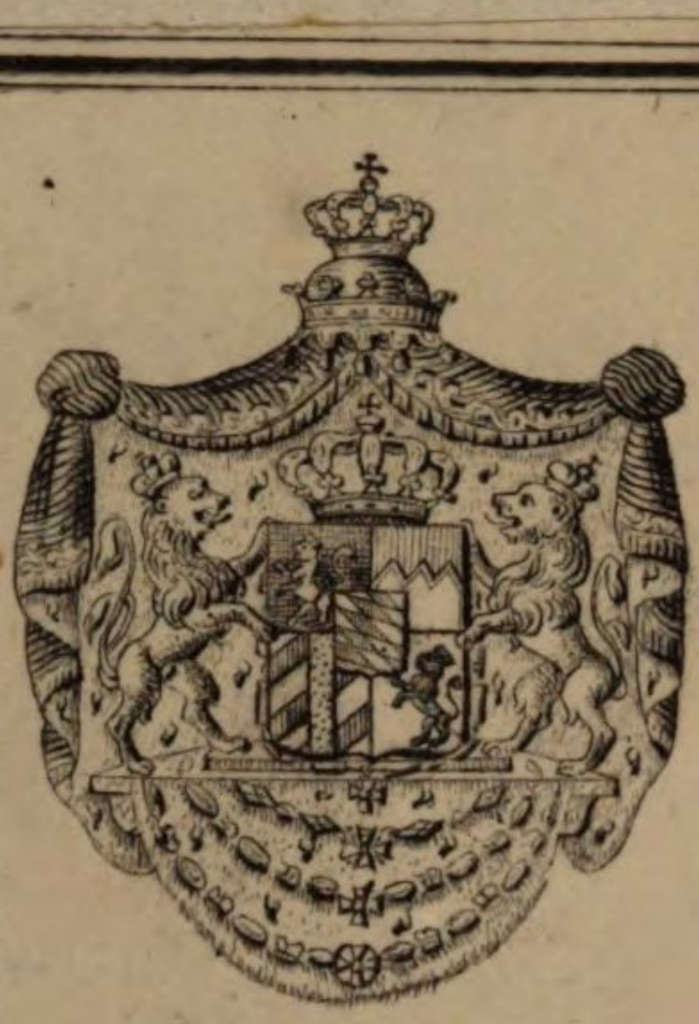
I. rom C.
280 m -3 Rostshirl



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<366363143800018

<366363143800018

Bayer. Staatsbibliothek

Gemeines

deutsches Civilrecht

von

Dr. C. F. Roßhirt,

geheimen Hofrath und Professor der Pandecten, Ritter des Zähringer Löwenordens.

Dritter Theil.

Von der Erhaltung der Persönlichkeit im Vermögensrechte von Todeswegen.

Heidelberg.

Druck und Verlag von Karl Groos.

1841.

174. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhaltsverzeichniss.

Dritter Abschnitt.
Das Erbrecht.

Erstes Capitel.
Allgemeine Sätze.

		Seite
§. 512.	Universalsuccession	1
§. 513.	Universal- und Singularsuccession in dieser Lehre	2
§. 514.	Bedingte Universal- und Singularsuccessio mortis causa	3
§. 515.	Hereditas jacet	4
§. 516.	Gründe der Erbschaftsdelation	6
§. 517.	nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedit	7
§. 518.	Kurze Uebersicht der römischen Erbrechtsgeschichte	8
§. 519.	Anfänge des Notherbrechts	10
§. 520.	Ausbildung des Intestaterbrechts durch den Prätor	11
§. 521.	Ueber die prätorische Einrichtung im Allgemeinen	13
§. 522.	Geist des neuesten römischen Erbrechts	15

Zweites Capitel.
Vom Intestaterbrecht.

§. 523.	Von der Nov. 118. als Einleitung zum Folgenden	16
§. 524.	Außereheliche und Bürgerliche Verwandtschaft	18
§. 525.	Intestatsuccession der ehelichen Verwandten	21
§. 526 — 532.	4 Classen der Verwandten	23 — 28
§. 533.	Mehrfache Verwandtschaft	28
§. 534.	Successio ordinum et graduum	28
§. 535.	Erbrecht der Eheleute	29
§. 536.	Erbrecht der armen undotirten Frau	30
§. 537.	Recht des Vaters auf den Niesbrauch an den bonis maternis	31
§. 538.	Succession des Fiscus	33
§. 539.	Recht des Verpflegers eines Wahnsinnigen	34
§. 540.	Succession in das peculium	34. 35

Drittes Capitel.

Vom Testamentserbrechte.

Einleitung.

Seite.

§. 541. Begriff des Testaments 35
§. 542. Verhältniß des Testaments zum Codicill . . . 36
§. 543. Testamentifactio activa 37
§. 544. Testamentifactio passiva 40
§. 545. Incapacitas 41
§. 546. Indignitas 42
§. 547. Form und Inhalt des Testaments 45

Erster Abschnitt.

Testament mit Notherbenrecht.

§. 548. Uebersicht 46
§. 549. Suität 48
§. 550. Inofficiosität 53
§. 551. Recht seit der Nov. 115. 55
§. 552. Resultat dieser historischen Einleitung . . . 59
§. 553. I. Suität in der Einsetzung und Enterbung.
a) jam nati 60
§. 554. b) postumi 63
§. 555. c) emancipati 64
§. 556. Das neue Recht aus der Novelle 115. . . . 66
§. 557. Enterbungsursachen 67
§. 558. Natur des Rechtsmittels aus der Nov. 115. . . 70
§. 559. II. Ueber den Pflichtheil 72
§. 560. Berechtigte 73
§. 561. Größe und Berechnung des Pflichttheils . . . 74
§. 562. Querela inoff. testamenti 77
§. 563. Suppletorische Querel 81
§. 564. Actio Calvisiana et Faviana 82
§. 565. Querela inofficiosae donationis et dotis . . . 82
§. 566. Recht der Geschwister 85
§. 567. Enterbung bona mente 86

Zweiter Abschnitt.

Testament ohne Notherbrecht.

Erster Unterabschnitt.

Testamentsrecht des pagani.

§. 568. Extranei heredes 87
§. 569. Inhalt und Form der testamentifactio . . . 88

		Seite.
§. 570.	Certum judicium	89
§. 571.	Strictum jus	90
§. 572.	Strenge Bestimmung der Anordnung selbst	90
§. 573.	Error	91
§. 574.	Zwang und Betrug	93
§. 575.	Bedingte Einsetzung	97
§. 576—582.	Verschiedene Arten der Bedingungen	97—110
§. 583.	Von den in conditione positis	110
§. 584.	Von der mystischen Erbeinsetzung	112
§. 585.	Zeitbestimmung	113
§. 586.	Zweckbestimmung	113
§. 587.	Andere Nebenbestimmungen	115
§. 588.	Einsetzung mehrerer Erben	116
§. 589.	Verhältniß der Miterben zu den Vermächtnißnehmern	117
§. 590.	Substitution	118
§. 591—595.	Vulgarsubstitution	118—127
§. 596.	Pupillarsubstitution	127
§. 597.	Quasipupillarsubstitution	130
§. 598.	Einige besondere Grundsätze über die Pupillar-Quasipupillarsubstitution	133
§. 599.	Andere Substitutionen	135
§. 690.	Von der aus der äußeren Form abgeleiteten Natur des Testaments	136
§. 601.	Prätorische Weiterentwickelung	137
§. 602.	Theodosius II.	139
§. 603.	Justinianus. Recht seiner Zeit bei uns jetzt Recht der Praxis	140
§. 604.	Einheit der Handlung und Zeuger	141
§. 605.	Schriftliches Testament	142
§. 606.	Mündliches Testament	143
§. 607.	Mündliches Testament eines Blinden	144
§. 608.	Oeffentliches Testament	145
§. 609.	Privilegirte Testamente	147
§. 610.	Test. parentum inter liberos	147
§. 611.	Test. unter Eheleuten	149
§. 612.	Test. mutuum vel reciprocum et correspectivum	150
§. 613.	Test. ruri conditum	152
§. 614.	Test. tempore pestis conditum	153
§. 615.	Test. ad pias causas	153
§. 616.	Anordnungen, die keine Testamente sind	154
§. 617.	I. Codicille.	154
§. 618. 619.	II. Donatio mortis causa	158

Zweiter Unterabschnitt.
Testamentsrecht des miles.

Seite.

§. 620. Natur des Testaments 162
§. 621. Testamentifactio activa, passiva 163
§. 622. Perfection des Testaments 164
§. 623. Wirkungen 166
§. 624. Bonorum possessio 168
§. 625. Max I. und das jetzige deutsche Recht 169

Dritter Unterabschnitt.
Fehler eines Testaments hauptsächlich der pagani.

§. 626. Einleitung 171
§. 627. Test. injustum, irritum, ruptum 171
§. 628. Test. destitutum 175
§. 629. Unvollziehbarkeit im engern Sinne 176

Viertes Capitel.
Ausübung des Intestaterbrechts und des Testamentserbrechts.

Erster Abschnitt.

§. 630. Von dem Zustande d. Erbschaft nach dem Tode des Testators 178
§. 631. 632. Von den Gehilfen des Verstorbenen und von den Testamentsexecutoren 179
§. 633. Apertur eines Testaments insbesondre 182
§. 634. Antretung der Erbschaft 181
§. 635. Jus deliberandi 183
§. 636. 637. — — nach Justinian 187
§. 638. Jus legis et inventarii 189
§. 639. Resultate des jetzigen Erbschaftsantretungsrechts a) an sich 192
§. 640. b) von denjenigen, welche unter fremder Vertretung stehen 194
§. 641. c) Form der Antretung 195
§. 642. Wirkungen derselben A. Confusio 198
§. 643. B. Disposition über die Erbschaft im Ganzen . . 198
§. 644. C. Separation der Erbschaftsgläubiger 200
§. 645—648. D. Transmissio 203
§. 649. Repudiation und Omission 207
§. 650. Verhältniß der Erben zu den Miterben und zu den Vermächtnißnehmern 209
§. 651. Von der Theilung 211
§. 652. 653. Von der Collation 212
§. 654—660. Vom Accrescenzrechte 216

Zweiter Abschnitt.

Von den Erbschaftsrechtsmitteln an sich und in Hinsicht der Auseinandersetzung letztwilliger Verhältnisse.

Seite.

§. 661—667. bis hereditatis petitio 228
§. 668. Von den Rechten des Verkäufers und Käufers an der Erbschaft hinsichtlich der hereditatis petitio . . 239
§. 669. Von dem interdictum quorum bonorum . . . 240
§. 670. Verhältniß der Erbrechtsmittel zu den Singularklagen 242
§. 671. Von den Missionen 242
§. 672—675. Von der Erbtheilungsklage 244

Fünftes Capitel.

Von den Vermächtnissen.

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Theil.

§. 676. Unterschied der Legate und Fideicommisse. Exäquation derselben 250
§. 677. Ueber die Ausbildung der römischen Institute nach zweien Systemen 252
§. 678. Universalvermächtniß 253
§. 679. Verhältniß zum legato partitionis 254
§. 680. Partitio hereditatis 257
§. 681. Successives Fideicommiß 259
§. 682. Fideicommissum ejus, quod superfuturum erit . . 260
§. 683. Anordnung des Universalfideicommisses . . . 261
§. 684. Codicillarclausel 263
§. 685—690. Restitution des Fideicommisses . . . 266
§. 691. Von dem Singularvermächtnisse im Allgemeinen
a) Object 274
§. 692. b) Subject 275
§. 693—695. Prälegat 276
§. 696. Anordnung der Singularvermächtnisse . . . 279
§. 697. Folgen daraus 282
§. 698. Von der Anordnung mehrerer Vermächtnisse . . 283
§. 699. Substitution bei Vermächtnissen 284
§. 700. Ueber die materiellen Grundsätze bei den Vermächtnissen
1) certum judicium testantis 285
§. 701. 2) certa persona 287
§. 702. 3) certa res 288
§. 703. 4) certa causa 289
§. 704. Erklärung des Legatars
a) ohne Beschränkung durch das Gesetz . . . 290

Seite.

§. 705. Einzelne Rechte und Pflichten mit dem dies veniens . 291
§. 706 bis 711. b) der Legatar muß sich der lex Falcidia unterwerfen 294
§. 712. 713. Rechtsmittel zum Schutze des Erben bei der falcidischen Quart 308
§. 714. 715. Rechts- und Sicherheitsmittel des Legatars im Allgemeinen 310
§. 716. Ungültigkeit der Legate, a) im allgemeinen . . 312
§. 717. b) Von den legatis, quae pro non scriptis habentur und von der regula Catoniana 312
§. 718. c) Von den legatis erepticiis 314
§. 719. d) Von den legatis ademtis et translatis . . . 315
§. 720. e) Von den legatis extinctis 317
§. 721. Von der Aufrechthaltung der Legate 317

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Theil.

§. 722. Vermächtniß an einem unbestimmten Objecte . . 319
§. 723. Vom Wahlrechte 320
§. 724. Vermächtniß einer universitas rerum . . . 322
§. 725. Namentlich an einem Inbegriff von Sachen . . 323
§. 726. Instrumentum legatum, supellex legata . . . 324
§. 727. Aurum. Argentum. Ornamentum. Mundus. Statuae. Imagines 326
§. 728. 729. Penu legata 327
§. 730. Alimentslegate 327
§. 731. Legata annua 328
§. 732. Vermächtnisse an eigenen und fremden Sachen . . 331
§. 733. Vermächtniß jener Sachen, worauf Nießbrauch oder Pfandrecht liegt 333
§. 734. Foderungslegate
a) nomen legatum 335
§. 735. b) liberatio legata 338
§. 736. c) debitum legatum 343
§. 737. Vermächtnisse, welche sich auf eine dos beziehen . 345

Dritter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Erstes Capitel.

Allgemeine Sätze.

§. 512. [1])

Universalsuccession.

Diese findet so statt, daß der auctor juristisch, wie ehedem bei der arrogatio, wohl auch bei der bonorum venditio — oder physisch untergeht, und ein Andrer an seine Stelle trit. Bei dem letztern Falle oder Erbrecht gehen über

a) nicht nur Körper, sondern alle Rechte, welche nicht ausdrücklich für die Person und für das Leben des Verstorbenen gegeben sind.

---

1) Die Quellen in den Pandecten sind: lib. V. lib. X. tit. 2. lib. XXVIII — XXXVIII. lib. XLIII. tit. 2. 3. 4. 5. Klagen aus dem Standpunkte des alten heredium. Justinian nimmt es in den Institutionen als Erwerbart des Eigenthums.

Schriften.

Donelli comm. lib. 6 — 8. l. 9. c. 1 — 4. Gans das Erbrecht. 2. Bd. Hunger Erbrecht 1834. Roßhirt das Erbrecht in 5 Theilen 1831—1840. Mayer das Erbrecht 1840. Mühlenbruch in Glücks Comm.

b) Die passiva können nicht von den activis getrennt werden [1]).

c) Die so gedachte Erbschaft ist eine Einheit in der Art, daß sie im Standpunkte des Erbrechts nur in arithmetische Theile (Quoten) aufgelößt werden kann [2]).

Aus dem Erbrechte entspringt insoweit eine actio in rem, als die hereditatis petitio der actio in personam entgegengesetzt wird: aber sowohl als bonorum possessio wie seit dem SCto Juvent. nähert sich die hereditatis petitio den actiones in personam [3]).

§. 513.

Universal- und Singularsuccession in dieser Lehre.

A. Der Singularsuccessor kann wohl auch an der Erbschaft als an einer untheilbaren universitas so Antheil nehmen, daß er einen arithmetischen Antheil bekömmt, und darnach an den Schulden beiträgt; allein in der letztern Hinsicht müssen besondere Vorsichtsmaasregeln getroffen werden, was jetzt bei dem legatarius partiarius nur noch gilt, weil der Universalfideicommissar zum Miterben gemacht ist [4]).

B. Der Singularsuccessor bekömmt nicht nur corpora, sondern auch jura.

C. Aber eben, wie ad A. gesagt ist, die Schulden gehen nicht ipso jure auf ihn über, und eben deshalb ist eine besondere Erklärung von seiner Seite nicht nöthig. Die Singularsuccession erfodert also nur einen actus, wenn auch die Klage daraus als bedingt, d. h. von dem Erbschaftsantrit abhängig erscheint. Sie ist nämlich entweder eine actio in personam d. h. gegen den Erben, oder eine vindi-

---

1) Siehe jedoch Mühlenbruch im Eingange des 38ten Bandes von Glück.

2) Defuncti locum obtinere, l. 31. §. 1. D. 28. 5.

3) l. 3. pr. §. 1. D. 37. 1. l. 50. D. 5. 3.

4) Davon weiter unten.

catio in Gemäßheit des Erbantrits [1]). Das Erbrecht dagegen erfodert zwei actus, nämlich die delatio und einen besondern Act der Annahme (acquisitio) und bevor die erste geschehen, oder die zweite bewirkt ist, wenn auch der Erblasser todt wäre, heißt die hereditas eine jacens [2]).

§. 514.

Von der bedingten Universal- und Singularsuccessio mortis causa.

In beider Hinsicht ist a) die Erbschaft nicht deferirt und b) das Vermächtniß nicht begründet. Nur insoferne kann man den Ausdruck delatio für Erbschaft und Vermächtniß zugleich brauchen: denn ist einmal das Vermächtniß begründet, so paßt der Ausdruck „deferur“ keineswegs hieher, sondern man unterscheidet denn die Worte cedit et venit.

I. Bei der bedingten Erbeinsetzung hat der Prätor die große Erleichterung verschafft, vor der Delation der Erbschaft dieselbe zu übernehmen, wenn, soferne testamentarische Miterben oder Substituten da sind, der ernannte Erbe Caution leistet. Die Intestaterben aber haben weder ein wirkliches Recht, noch eine juristische Hoffnung. Nur zu Gunsten der Intestaterben für einen einzigen Fall hat Justinian

---

1) Vorher sind die Erbschaftssachen res nullius.

2) Die Gründe der Unfähigkeit zur Successio mortis causa können ganz unerörtert bleiben. Außer den Ketzern und Apostaten, außer den zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, die nicht mehr successionsunfähig sind, könnte man die Söhne und Töchter von Hochverräthern hieher rechnen, wenn nicht die Erklärung des Art. 218. der Carolina schwierig wäre. Eine relative Successionsunfähigkeit soll bei der Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt, eintreten; aber auch hier hebt das canonische Recht die Infamie und unsre Praxis das Uebrige auf — und wie es mit der incestuosen Ehe stehe, ist ebenfalls sehr bestritten, v. Bangerow S. 23. am beßten Mayer Erbrecht §. 6. bis auf den letzten Satz.

die Caution zugesichert, wenn die Ehefrau des Verstorbenen unter der Bedingung eingesetzt ist, nicht wieder zu heirathen [1]).

II. Bei bedingten Vermächtnissen findet erst mit dem Eintrit der Bedingung die Delation statt, und der Honorirte kann nur unter gewissen Umständen gerade so wie bei betagten Vermächtnissen durch eine prätorische Sicherheitsmaasregel sich schützen [2]).

§. 515.

Hereditas jacet.

1) Die hereditas geht auf dem Namen des Verstorbenen, und da dieser todt ist, so hat sie keine Persönlichkeit, woraus eben folgt, daß die Sachen res nullius waren.

2) War aber ein Curator bestellt, so treten folgende Richtungen ein:

a) Derselbe verwaltet Besitz und Eigenthum [3]). Neuer Besitz aber kann nicht erworben werden, weil der Curator nicht Stellvertreter ist, und keine Person repräsentirt [4]). Ist daher der Besitz verloren, so kann der Curator auch nichts thun, um die Besitzrechtsmittel anzuwenden, weil auch hiezu nach der Natur des Besitzes eine eigene Persönlichkeit gehört.

b) Eigenthum aber mit den Erbschaftsgeldern zu erwerben ist dem Curator zugelassen, und auch die Verjährung läuft für die hereditas ab [5]).

c) Die hereditas jacens kann keinen ususfructus er-

---

1) Siehe im Ganzen l. 12. D. 2. 8. l. 8. D. 46. 5. l. 41. §. 1. D. 28. 7. l. 7. D. 35. 1. Nov. 22. c. 44.

2) l. 213. D. 50. 17. Davon mehr unten.

3) l. 15. D. 11. 1.

4) l. 1. §. 15. D. 47. 4.

5) l. 44. §. 2. D. 41, 3. l. 31. §. 5. D. eod. Unterholzner Verjährung §. 133.

werben [1]), weil sie nicht lebt, wohl aber die emphyteusis und superficies [2]). Verpfändet kann ihr werden.

d) Obligationes naturales kann die hereditas nicht haben, denn für sie ist weder remuneratio noch pietas. Obligationes civiles konnten die Erbschaftssklaven [3]) erwerben, nicht aber der curator [4]). Auch wirkt hier nicht die locupletatio wie bei Pupillen, weil die locupletatio sich auf eine Person beziehen muß [5]). Ex re ipsa aber wird die hereditas verpflichtet [6]).

e) Die Erbeinsetzung, die an eine hereditas jacens fällt, geht bedingt auf den Erben. Wenn dieser die erste Erbschaft angenommen hat, kann er auch die zweite annehmen oder ausschlagen [7]).

Aus Allem geht hervor, daß der curator nur verwalten, nicht veräußern kann, blos etwa das Geld anwenden, d. i. verwalten. Das judicium tutelae utile mit den Privilegien gegen ihn ist nicht anzuwenden, sondern nur die negotiorum gestorum actio. Die Rechnung wird nur den Erben oder Gläubigern gelegt, nicht der Obrigkeit. Diese hat aber bei der Bestellung omnem diligentiam zu vertreten, sofern sie sich nicht an Affirmatoren und Nominatoren halten kann [8]).

---

1) l. 18. D. 7. 4.

2) Auch Prädialservituten kann im gleichen Geiste der Curator erwerben. Mein Handbuch V. Theil S. 126.

3) l. 25. 26. D. 45. 3.

4) pr. J. 3. 18. Der Curator erwirbt also auch heutzutage nur für sich. Theophilus dazu.

5) Auch nicht aus der locupletatio des Curator. Hdb. V. S. 127.

6) Auch ex re illicita eines Andern. Mein Handb. V. S. 127. Natürlich sie selbst kann kein Delict begehen: schon daraus folgt, wie jetzt auch v. Savigny im II. Bande seiner Pandecten annimmt, daß die Erbschaft keine juristische Person ist.

7) Mein Handb. V. S. 128.

8) Mein Handb. V. S. 130.

§. 516.

Von den Gründen der Erbschaftsdelation.

Sie geschieht 1) durch das Testament, d. h durch eine einseitige widerrufliche solenne Erklärung, 2) außerdem treten die Verwandten in einer gewissen Ordnung ein, was man die gesetzliche Erbfolge heißt.

Die Praktiker des 17ten und 18ten Jahrhunderts nahmen auch einen Erbvertrag als gemeines Recht in Deutschland an; allein derselbe kann durchaus nicht mit den Grundsätzen des Testaments verbunden werden. Man glaubt zwar:

a) Auch die Römer hätten einen Erbvertrag gehabt [1]; allein hier handelt es sich entweder von einer bereits deferirten Erbschaft oder von einer zwar zu deferirenden, wo aber der Erblasser einwilligen muß, und nicht gebunden wird [2]. Mit Recht nannte man einen solchen Vertrag ein pactum dispositivum, weil hier nur über eine schon bestehende Erbschaft disponirt wird. Aber außerdem [3] wird

b) im deutschen Rechte allerdings ein Erbernennungsvertrag zugelassen — eine Vergabung, aber nicht in der Idee der Universalsuccession (pactum aquisitivum) [4].

c) Noch leichter war der deutsche Erbverzicht, weil man ein Notherbrecht in Deutschland nicht hatte, und weil Jemand auf Errichtung oder Veränderung eines Testaments sollte verzichten können, was jure romano nicht stattfindet, und eben deshalb in Deutschland nur particularrechtlich seyn kann (pactum renunciativum).

d) Hiernach war denn aus solchen deutschen Grundsätzen

---

1) Keineswegs s. Hasse Rh. Museum II. S. 154 ff. l. ult. Cod de pactis l. 62. D. 45. 1.

2) Natürlich findet auch ein Vertrag als pactum spei statt. l. 3. §. 2. D. pro socio; auch rei speratae.

3) Siehe cap. 2. de pactis in VIo 1. 18.

4) Die Franzosen lassen mit Recht eine institution contractuelle nur im Heirathsvertrage zu — nicht im römischen Rechte.

auch erklärbar das pactum conservativum, wo man sich verpflichtet, von dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen oder testamentarischen Erben nicht abzugehen.

§. 517.

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedit.

Die Römer hatten ursprünglich nichts als ein Testament, und die XII. Tafeln scheinen dieses Recht auch den Plebejern mitgetheilt zu haben.

Der suus war nach dem alten Familienrechte condominus, und ob er ausgeschlossen werden konnte hängt damit zusammen, wie weit die majestas patria ging [1]).

Die gentes hatten das Occupationsrecht, und nur der proximus agnatus sollte nach den XII. Tafeln hier ein privilegium haben. Nach Allem diesem war der Satz begründet: Jeder hat sein eigenes Recht oder in hereditatibus successio non est. Wo ein Testament ist, und gültig besteht, auch wenn Jemand nur theilweise eingesetzt ist, gilt kein anderes Recht. Nemo pro parte testatus decedit [2]).

Die Intestatsuccession wurde erst von dem Prätor erfunden; indem, wenn kein suus und proximus agnatus da war, die cognati herbeigerufen wurden; der Prätor aber konnte am alten Civilrechte Nichts ändern. Nur im Wege der Jurisdiction wurde die Sache zuweilen anders, und so kömmt Folgendes noch jetzt Gültige vor:

a) Wenn mehrere Intestaterben das Testament angreifen und der Eine gewinnt den Prozeß, der Andere verliert ihn [3]).

---

1) l. 11. D. 28. 2.

2) Siehe die verschiedenen Meinungen von Haubold, Thibaut, Gans, Huschke, (Rhein. Museum VI. Bd. 3. Heft.) Walter (Rechtsgesch. S. 660.) zugleich in meiner Einleitung zum Erbrecht. S. 38.

3) l. 1. D. 44. 2.

b) Wenn ein heres institutus b. p. secundum tabulas, und ein praeteritus b. p. contra tabulas ſuchte [1]).

c) Wenn bei der querela inofficiosi die persona turpis ausgeſtoßen wird, und die persona honesta ſtehen bleibt [2]).

Daher erklärten auch die römiſchen Juriſten, das Gegentheil ſey nach dem neueren Stande der Erbrechtslehre nicht unvernünftig [3]), auch könne in der Jurisdiction der Satz nur ſo genommen werden, daß er als Princip (ab initio) gelte, ex eventu vel jurisdictione aber verändert werden könne [4]).

§. 518.

Kurze Ueberſicht der römiſchen Erbrechtsgeſchichte.

I. Das Erbrecht hängt immer mit der Familie zuſammen. Bei den Römern mit den suis. Außerdem war das Erbrecht auf Occupation Einzelner berechnet. Das Teſtament ſollte nicht nur dieſe ausſchließen, ſondern auch in Verbindung mit der patria potestas dem Vater ein ſouveränes Recht geben [5]). Daher erklärt ſich denn auch nur, wie weit urſprünglich das väterliche Teſtament ging. Eine andere alte Form als vor den comitiis calatis war die Erklärung vor dem zur Schlacht gerüſteten Kriegsheere [6]) zwiſchen den dann ſtattfindenden Auſpicien und religiöſen Ge-

---

1) l. 16. D. 37. 5. wo der Prätor ganz dem Billigkeitsprincipe entſprechend entſchied.

2) l. 3. pr. D. 37. 12.

3) l. 15. §. 2. i. f. D. 5. 2.

4) l. 19. §. 2. D. 49. 17. Gloſſe zu §. 5. J. 2. 14. Die Erklärung iſt übrigens bis auf Seuffert im III. Bande des Civilarchivs ſehr verſchieden verſucht worden.

5) Niebuhr II. S. 381. (2te Aufl.) meint, das Teſtamentsrecht ſey ein ſubſidiares Recht geweſen, wenn Jemand keine suos habe. Die Sache iſt ſehr ſtreitig.

6) Gajus II. 101. Festus, in procinctu.

bräuchen. Hier konnte auch ein Plebejer testiren[1]): nach den XII. Tafeln auch in comitiis calatis[2]).

II. In der media jurisprudentia unterscheidet man: a) die Fortbildung des Civilrechts, b) die Ausbildung des prätorischen Erbschaftsbesitzes.

ad a. Der Civilactus geschah damals per mancipationem, was freilich von Schrader und Anderen für einen Vertrag angesehen worden, allein durch die Aufstellung des familiae emtor war der Erbe angedeutet, und da derselbe dem Testator gegenüber nicht obligirt wurde, sondern nur die Vollstreckung des Willens, wenn der Testator dabei verblieb, übernahm, und da man daher auch ein secretum tabularum machen konnte, so war es ein Testament. Im Uebrigen gehört dazu immerhin die mancipatio als äußerer Act und die Erklärung im Allgemeinen als nuncupatio.

ad b. Der Prätor gibt auch ohne mancipatio und nuncupatio aus den vorhandenen tabulis Erbbesitz, wenn nur kein suus und kein proximus agnatus widersprach. Auch läßt er denjenigen eintreten, der zur Zeit der Testamentserrichtung noch gar nicht in rerum natura war, selbst wenn es ein postumus alienus ist. Ferner läßt er den bedingt Eingesetzten zu, wenn er den andern Berechtigten Caution leistet. Auch giebt er den in zwei Testamenten desselben Tags Eingesetzten die b. p.[3]) — was aber nicht stattfindet, wenn die Testamente gar nicht datirt sind, und man gleichwohl nicht weiß, welches das ältere, und welches das jüngere ist. Offenbar gab der Prätor denselben Erbbesitz auch den civilrechtlich Berechtigten, um desto schneller zum Besitz der Erbschaft sie zu bringen. Bei den andern aber kam es freilich gar sehr auf die Concurrenz der Intestaterben an,

---

1) Walter S. 655.

2) Einige glauben, ein Plebejer habe damals nur per mancipationem über sein Vermögen verfügen können, was wieder später allgemeines Princip geworden sey.

3) l. 1. §. 6. D. 37. 1.

die freilich nur der suus und der proximus agnatus waren, wobei dann in der spätern Zeit das entscheidend wurde, daß der suus durch das Notherbenrecht, von welchem gleich die Rede seyn wird, abgefunden seyn mußte, und zwar nach dem prätorischen Testamente selbst, und daß dann blos dem proximus agnatus sein Privilegium der Occupation genommen war, was besonders in einem Rescripte des Kaiser Antoninus hervortrit [1]). So denken wir uns diesen historischen Punkt, obgleich aus den kurzen und theilweise unhistorischen Darstellungen römischer Juristen dies nicht herauszubringen ist [2]).

§. 519.

Anfänge des Notherbrechts.

In der media jurisprudentia bildete sich auf gleichem Wege das Notherbrecht, nämlich theils durch interpretatio des Civilrechts theils durch den prätorischen Erbschaftsbesitz.

a) Der filius suus sollte vom Vater entweder ausdrücklich eingesetzt oder ausdrücklich enterbt werden. Die übrigen sui, Töchter und Enkel sollten inter ceteros enterbt werden. Im ersten Falle war ohne Beobachtung der Regel das Testament formlos (injustum); im andern Falle treten diejenigen, welche nicht enterbt waren, in gewisse Theile ein, wie wenn sie irrthümlich vergessen wären [3]).

b) Der Prätor gab nicht nur den eben genannten suis der einen und andern Art, wenn sie es verlangten, den entsprechenden Erbschaftsbesitz, sondern er führte dasselbe auch bei den emancipatis ein, nur mit einem kleinen Un-

---

1) Gajus II. 119—121. 147—151. Ulpian XXIII. 6. XXVIII. 6.

2) Jure legitimo Gajus II. 119. Freilich wurde die Frage auch auf die Testamente der Weiber ausgedehnt, die ohne Auctorität eines tutor gemacht sind 121. 122.

3) Gajus II. §. 124.

terschiede. (bonorum possessio contra tabulas, contra voluntatem, nuncupationem, lignum), während die Adoptirten, welche vom Adoptivvater emancipirt wurden, wie emancipati des leiblichen Vaters gehalten werden sollten [1]). Dasselbe galt auch für die von den Emancipirten oder in die Adoption Gegebenen später erzeugten Kinder an dem Vermögen ihres leiblichen Großvaters. Außerdem gehören hierher a) solche, die vom Vater in die Adoption gegeben sind, darauf von ihm zum Erben ernannt werden, aber das Erbrecht wieder verlieren, weil übergangene sui oder emancipati das Testament umwerfen. Hier sollen jene an der bonor. poss. contra tabulas Theil haben commisso per alium edicto [2]). b) Solche, die vom Vater in die Adoption gegeben in eine fremde Familie nicht kommen, z. B. in des früher emancipirten Sohns Familie [3]). c) Der Enkel, welchen der Vater bei der Adoption des Sohns in eine fremde Familie zurückbehält, soll das Recht in das Vermögen seines leiblichen Vaters haben [4]).

Im Ganzen lag hier in der b. p. eine fictio hereditatis [5]).

Endlich gehört in die geschichtliche Entwickelung dieser Zeit das Recht der postumi, wornach dieselben nach gewissen Interpretationen und Gesetzen eingesetzt werden können, und müssen [6]).

§. 520.

Ausbildung des Intestat-Erbrechts durch den Prätor.

Nach diesen Vorgängen mußte der Prätor dem suus,

---

1) Gajus II. §. 136.
2) Förster de b. p. c. t. pag. 186.
3) l. 21. §. 1. D. 37. 5. l. 3. §. 7. 8. D. eod.
4) Förster pag. 199.
5) Ulpiani Fragm. tit. 28. §. 12. l. 2. D. 37. 1. l. 17. D. 50. 17. v. Savigny römisches Recht I. Bd. S. 295.
6) l. 29. D. 28. 2.

emancipatus ohne Testament des Erblassers die erste Ordnung unde liberi im Erbschaftsbesitz geben, sofort dem proximus agnatus nnd später Andern, die im Gesetze gerufen waren (denn auch Gesetze geben in einzelnen Punkten Erbrechte ab intestato) die zweite Ordnung unde legitimi. Dabei führte er bei der successio in bona ingenui den ganzen ordo cognatorum nach 6 Graden und in einem Falle auch in dem siebenten ein, so daß selbst die in früheren Ordnungen Stehenden hier gleichsam wiederholt waren Er gab darneben das edictum successorium — und wenn die angegebenen Verwandten Nichts suchten, gab er den Eheleuten den Erbschaftsbesitz [1]).

Hinsichtlich der Freigelassenen und Emancipirten kamen zuerst die liberi, dann der patronus, welcher ebenfalls ein Notherbenrecht hatte und zwar in dimidiam partem bonorum, wenn der Freigelassene, oder Emancipirte ohne leibliche Kinder stirbt, der also zugleich mit Adoptirten eintrit. Dem extraneus manumissor sollen aber wieder die nächsten 10 Verwandte vorhergehen. Sodann kommen die cognati liberti vel emancipati, dann die Agnatschaft des manumissor (tanquam ex familia non exisset) sodann die Cognatschaft der geraden Linie des Patrons und der Patronin, diese eingeschlossen; hierauf der überlebenden Ehegatte des Verstorbenen, und endlich die gesammte Seitenverwandtschaft des Freilassers [2]).

Das Notherbenrecht des pater manumissor soll nach Mayer [3]) noch heute gelten, besonders in Beziehung auf den Adoptator; allein der Geist der neuesten Intestat-Erbordnung steht dieser Ansicht durchaus entgegen.

---

1) Ob den Affinen?

2) Hugo Rechtsgeschichte 11te. S. 600 ff.

3) Diss. de hereditate parentis manumissoris. Tub. 1832.

§. 521.

Ueber die prätorischen Einrichtungen im Allgemeinen.

Der Prätor decretirte in dieser Lehre anfänglich, bis sich das System gebildet hatte, wo nach den Bestimmungen desselben Jeder sein Recht schon ex edicto hatte und der Termin dazu de plano erlangt wurde. Allein der Prätor hatte dadurch sein Recht auf einzelne Decrete nicht aufgegeben, und wenn die bonorum possessio eine fictio hereditatis voraussetzte, so gab es noch einige Fälle, wo auch sogar im Edicte eine Art anderen Erbschaftsbesitzes erfolgte, wo die fictio heredis vor der Hand nicht angenommen wurde, und wo man den Ausdruck missio in hereditatem gebrauchte. Nur noch Einiges über die b. pio im Allgemeinen und über die Edictsfälle der missio soll hier im Kurzen dargestellt werden.

I. Der Grund der b. pio wird sehr verschieden angenommen. Förster[1]), Löhr[2]) und Franke[3]) behaupten, die b. pio sey ursprünglich nur eine tuitio heredis gewesen, ein Erbschaftsbesitz zur Prozeßerleichterung, wozu dann die anderen Fälle sich angeschlossen hätten. Fabricius[4]) nimmt an, daß bei der querela inoff. test., wo auch der Cognate ein Recht hatte, derjenige, der kein Civilerbrecht hatte, als bonorum possessor habe legitimirt werden müssen, und daß zu diesem Zwecke die b. pio aufgekommen sey[5]). Andre sagen, der Prätor habe die

---

1) b. pio.
2) Magazin III. Bd. S. 154.
3) Notherbenrecht S. 97.
4) In einer eigenen Schrift über b. pio 1838.
5) l. 8. pr. D. 5. 2. Hiernach wird auch gewöhnlich vertheidigt, die b. p. — wenn Jemand jure civili die Erbschaft wirklich erworben habe, schließe auch, soferne jene besser sey, den Civilerben nicht aus: allein im allgemeinen ist es gewiß nicht

occupatio und usucapio lucrativa abschaffen wollen und dadurch geflissentlich das Testamentserbrecht erweitert und ein Intestaterbrecht gebildet[1]).

II. Immerhin aber ist richtig, daß die emancipati und überhaupt da, wo die b. pio necessaria war, der Billigkeit wegen Mancherlei sich mußten gefallen lassen, z. B. die Collation — daß aber allmählich ein prätorisches Erbrecht entstand, welchem sogar SCta und Constitutionen sich anschlossen, die ein solches geben (b. p. ex legibus).

III. Wenn jemand eine Aussicht auf eine b. pio ordinaria hat, so kann er in bona mittirt werden, und zwar

a) ex Carboniano edicto, wenn der status des impubes in Zweifel gezogen wird[2]).

b) Ventris nomine, welche nicht nur der Frau des Erblassers, sondern auch einer andern Frau gegeben wird, wenn sich dieselbe anders nicht ernähren kann[3]).

c) Furiosi nomine. In den Pandekten kommt der furiosus mit dem infans, mutus, surdus et coecus als solche vor, die das Erbrecht nicht ausüben können; die drei letztern bekommen die b. pio[4]), und der pater oder tutor infantis sind nach der Constitutionenjurisprudenz anzutreten verbunden; endlich der curator furiosi soll für den Curanden bedingt eintreten d. h. er soll dem Andern

---

richtig, wie zugegeben wird, und in einzelnen Fällen war die Sache nur relativ, d. h. stellte sich ursprünglich als Concurrenzfall dar.

1) l. 1. D. 43. 2. v. Savigny Zeitschr. V. S. 14. Roßhirt zur bonorum poss. Zeitschrift III. S. 45. Huschke Richters Zeitschr. 1839. S. 14. Am meisten scheint uns die letztre Ansicht durch Justinian selbst bezeugt zu seyn, pr. J. de b. p. Jus b. pionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris sed magis confirmandi gratia praetor pollicetur.

2) Doch kann der status auch schon früher in Cognition genommen werden. l. 3. 5. D. 37. 10.

3) l. 1. §. 28. l. 6. D. 37. 9.

4) D. 37. 3.

Caution stellen, oder der Andre, der b. pio sucht, soll dem Curanden Caution stellen. Jetzt aber [1]) bekömmt der curator furiosi Missio ohne Caution, aber der Curand erleidet dadurch keine Nachtheile. Stirbt er in furore, so hat derjenige die Erbschaft, welchem sie durch diese Bedingung deferirt wird.

Die hier gegebene Mission unterscheidet sich von der b. pio hauptsächlich dadurch, daß die Erbschaft dennoch als hereditas jacens angesehen wird, und die cura be onders nur zu dem Zwecke angeordnet wird, um jede Einmischung in die Erbschaft abzuwenden, und um die Interessen zu wahren, die den Betheiligten zukommen [2]).

§. 522.

Geist des neuesten römischen Erbrechts.

I. Im Testamentsrechte ist nicht blos in der äußeren Form, sondern auch im inneren Geiste der Sache Vieles durch Constitutionen mit Rücksicht auf die frühere Billigkeitsjurisprudenz verändert. Man kann seinen Willen durch Codicill an Testaments- ja auch an Intestat-Erben erklären, und die Lehre von den Fideicommissen hat nicht nur dadurch eine andere Richtung bekommen, sondern man muß auch sorgfaltig das alte Testaments- und das neue Codicillrecht unterscheiden mit vielen Rücksichten, die davon abhängen.

II. Das Militärtestament hat sich neu ausgebildet, und ist in Form und Sache eine neue Erscheinung.

III. Mit dem Notherbenrechte ist das alte Billigkeitssystem des pflichtwidrigen Testaments in Concurrenz gekommen, und obgleich wir glauben, daß das alte Notherben-

---

1) l. ult. §. 8. 9. Cod. 5. 70.

2) Die b. pio decretalis geht nicht gerade auf diese Fälle, wohl aber darauf, wenn eine Caution zu stellen ist, wie z. B. bei einer bedingten Einsetzung, wo der Prätor pro tribunali erkannte.

recht erhalten ist, so gibt es doch Viele, die jetzt einen seit der Novelle 115. bewirkten neuen Zustand der Lehre behaupten.

IV. Nach Justinian fand das Intestat-Erbrecht auf der ursprünglichen nur theilweise veränderten prätorischen Grundlage statt, derselbe aber hat in der Nov. 118. eine ganz neue Ordnung der Dinge geschaffen.

Was die b. pio hiernach insbesondere angeht, so ist

a) die b. pio contra tabulas nach unsern Ansichten noch brauchbar bis auf die b. pio patris manumissoris: die b. pio secundum tabulas kann abgesehen von der Testamentsform auch noch gebraucht werden, z. B. bei dem postumus praeteritus, aber mortuus.

b) Die b. pio ab intestato aber ist bis auf den ordo unde vir et uxor unbrauchbar.

Zweites Capitel.

Vom Intestat-Erbrechte.

§. 523.

I. Vor der Novelle 118. als Einleitung zum Folgenden [1].

In dieser Einleitung soll das Verhältniß schon des Zweckes wegen übergangen werden, wo der Verstorbene ein Freigelassener, Emancipatus oder ein Hauskind war, und demnach soll nur die Ordnung der Succession in das Vermögen eines freigebornen homo sui juris hervorgehoben werden.

Das prätorische System ist, wie schon oben erinnert wurde, erhalten worden, mit einzelnen Constitutionen,

---

1) Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Intestaterbrecht I. Hauptstück S. 82—280.

welche vor und mit Justinian eingriffen. Es gehören daher

a) unde liberi [1]) 1) die sui, 2) die emancipati und die diesen gleichgeachteten, 3) die Descendenten der Töchter, aber nur so, daß sie zwei Drittel von dem bekommen, was ihre Mutter bekommen hätte [2]).

b) Unde legitimi. Hier muß man trennen 1) die Succedenten eines Mannes und 2) in das Vermögen der Mutter. In der ersten Hinsicht kommen α) die agnati jetzt alle mit successio graduum, β) auch jene Geschwister des Verstorbenen, welche nicht Agnationsrechte haben; immerhin aber sollen nach der Nov. 84. die vollbürtigen Geschwister den halbbürtigen vorgehen. γ) Die Mutter succedirt immer mit den nächsten Agnaten und mit dem Vater (siehe jedoch den Punkt δ) — die entfernten Agnaten, d. h. alle außer den consanguineis werden von der Mutter ausgeschlossen, (δ) der Vater erbt mit der Mutter und mit den consanguineis, und sind solche Geschwister nicht da, so schließt er die Mutter aus) [3]). (Der Großvater soll aber die Mutter nicht ausschließen.)

Die Mutter selbst wird von ihren Kindern nur in dieser Classe nach dem SCt. Orphitianum beerbt, umgekehrt kann nach dem SC. Tertullianum auch die Mutter erben; aber das letzte Senatus-Consult wurde später eingeschränkt, wie eben gezeigt ist. Zwischen ehlichen und außerehlichen Kindern ist bei der Mutter kein Unterschied.

c) Unde cognati. Hier erben alle Cognaten, welche innerhalb 6 Graden zu dem Verstorbenen stehen, und von

---

1) Auch diese haben eine successio graduum.

2) l. 9. Cod. 6. 55. natürlich später aufgehoben, aber wichtig genug.

3) Diesen Punkt haben wir nur der Vollständigkeit wegen erwähnen wollen, denn er beruht auf dem Emancivationsrechte, welches eigentlich nach dem Eingange dieses §. hier nicht behandelt werden soll.

dem siebenten allein die nati et natae ex sobrino sobrinave.

d) Unde vir et uxor.

§. 524.

Außereheliche und bürgerliche Verwandtschaft.

In der Novelle 118. ist darüber Nichts bestimmt, und daher gilt hier die Eigenheit, daß

a) sowohl das alte Recht entscheidet, wie

b) daß Manches aus dem Sinne und Geiste der Nov. 118. erläutert werden muß.

I. Von den außerehelichen Geburten sagten die Römer matrem habent, patrem non habent. Selbst wenn der Erzeuger freiwillig sich als Vater bekennt [1]). Nur die im Concubinate erzeugten Kinder haben einen Vater, weil die Concubine uxoris loco lebt. Solche Kinder sollen, wenn der Vater keine Ehefrau und keine legitimen Kinder hat [2]), den Vater auf $^1/_6$ beerben, was sie mit ihrer Mutter theilen müssen. Zwischen dem Großvater und den Kindern eines natürlichen Sohns findet so wenig Erbrecht statt, wie zwischen zweien natürlichen Kindern eines legitimen Sohns. Ein reciproces Erbrecht des Vaters in das Vermögen seines natürlichen Kindes hat nach unsrer Ansicht nicht statt, schon weil bei den Kindern selbst Bedingungen festgesetzt und eine Theilung mit der Mutter vorgeschrieben ist; am meisten scheint die Nov. 89. c. 13. auf legitimati zu gehen, so wie freilich die natürlichen Kinder den Vater ernähren müssen, und deshalb vielleicht nach dem Tode des Kindes in einem solchen Falle aber nicht weiter, ein Sechstel genommen werden darf [3]).

---

1) l. 23. D. 1. 5.

2) Hiezu gehören denn auch die legitimirten und adoptirten Kinder.

3) Mein Erbrecht I. Thl. S. 207.

Eine vielhundertjährige Praxis in Deutschland hat dieses Recht der natürlichen Kinder auf alle uneheliche ausgedehnt, wenn nur das Zusammenleben der Eltern und die Paternität hergestellt ist oder die letztre durch Anerkennung des Vaters feststeht. Es thut nichts zur Sache, daß ein polizeiliches Verbot des Zusammenlebens besteht, denn es ist dies mehr eine lex imperfecta und geht in dieser Art die Kinder nichts an [1]). Nur behaupten Einige, die Mutter könne jetzt an dem 1/6 nicht Theil nehmen, weil sie eine Sünderin sey; allein ihr Recht ist kein bürgerliches Erbrecht, sondern ein natürlicher Grund der Alimentation, welcher auch den Sünderinnen gebührt (res facti wie bei der habitatio). Gewöhnlich wird behauptet, die incestuosi und adulterini hätten kein Erbrecht, auch nicht gegen die Mutter und gegen die mütterlichen Verwandten; aber die Nov. 89. c. 13. sagt blos, daß ein incestuosus, selbst wenn er in einer formell gültigen Ehe erzeugt sey, das Erbrecht eines naturalis nicht habe, und dabei versteht es sich, daß, wenn die Mutter ihr Vermögen zur Confiscation verliert, das Kind an sich nichts erben kann [2]). Wegen der adulterini kömmt ohnedies Nichts vor, und daß diese Kinder ex coitu damnato procreirt sind, ändert Nichts, weil die Kinder ex stupro mit einer persona honesta auch ex coitu damnato hervorgegangen, aber bis auf den Fall der mater illustris, deren Kinder sie und ihre Verwandten nicht beerben, erbfähig sind. Als eheliche Kinder müssen angesehen werden: a) die in der putativen Ehe Gebornen [3]), b) die Legitimirten. Zwar soll nach Nov.

---

1) Mein Erbrecht I. S. 209.

2) Roßhirt I. S. 211. Damit stimmt jetzt auch Fritz zuerst, und sodann Wangerow überein, Leitfad. S. 50.

3) c. 14. X. 4. 18. vor dem concilio Trident. gab es keine Brautkinder, daher ist es richtig, daß Kinder ex sponsalibus de praesenti, d. i. in unserm Sinne Brautkinder erben. Dies ist aber seit dem Conc. Trid. geändert. Mayer Erbr. I. Theil S. 193 ff. baut Alles auf die neuere Praxis, und so verdienstlich

74. c. 1. eine legitimatio per rescriptum nicht stattfinden, wenn eheliche Kinder da sind. Allein da der Fürst ein Recht der Gnade hat, so kann er darauf hin legitimiren, und hat sich blos in einer andern Welt, nicht aber auf Erden zu verantworten.

II. Hinsichtlich der bürgerlichen Verwandtschaft gilt für das Erbrecht Folgendes:

A. Bei der adoptio minus plena wird der Adoptivvater beerbt, aber derselbe beerbt nicht das Adoptivkind. Ein solcher adoptatus ist aber kein Pflichttheilsberechtigter, was um so wichtiger ist, als bei der Adoption durch ein Weib das Gegentheil statt hat [1]).

B. Der plene adoptatus und der arrogatus beerben den Adoptivvater und seine Agnatschaft. Der Vater des Adoptivvater ist aber kein agnatus, denn die Agnaten sind immer Collateralen [2]). Der plene adoptatus und der arrogatus beerben aber auch den leiblichen Vater, denn wenn auch Nichts darüber in der Nov. 118. steht, so wird die doppelte Verwandtschaft doch auch schon im prätorischen Edicte angenommen, und wie man früher zwei Mütter, denen man succediren konnte, haben mochte, so auch zwei Väter [3]). Der arrogator succedirt dann nicht, wenn das Kind in der Unmündigkeit stirbt. Bei einer andern arrogatio oder auch bei der adoptio plena im Allgemeinen ist

---

des Verfassers Streben in dieser Beziehung ist, so mag doch dasjenige hier nicht gelten, was ein Theil protestantischer Schriftsteller in falscher Auffassung des Rechts vor dem Conc. und des jetzigen protestantischen Kirchenrechts gelehrt haben. Allerdings ist die Billigkeit, wie immer, für die Praxis.

1) l. 5. Cod. 8. 48. nicht steht entgegen die l. 29. §. 3. D. 5. 2.

2) Die l. 11. Cod. 6. 58. gehört nicht hieher, weil diese nur ein privilegium der Suität für emancipirte Kinder ist. Ein anderes ist es freilich, wenn der avus einen Dritten als Enkel von seinem Sohn adoptirt §. 5. J. 1. 11.

3) Mayer Erbrecht S. 197.

wieder sehr bestritten, ob beide Väter hier erben. Einige Gelehrte haben nämlich darauf sehen wollen, welcher von beiden Vätern den Nießbrauch habe. Andere [1]) behaupten, daß das Adoptivkind vom leiblichen Vater nicht beerbt werde, weil es in l. 6. §. 4. D. 37. 8. heiße, adoptio tam diu nocet, quam diu durat. Allein hiernach soll nur gesagt werden, der eine könne nicht suus der einen Familie seyn, während er suus der andern Familie ist, was auf das Intestat-Erbrecht der Nov. 118. gar keinen Einfluß hat. Noch weniger ist entgegen die l. 18. Cod. 8. 48., denn wenn es hier heißt „et non patris naturalis successionem molestare concedatur" so bezieht sich dieser Satz auf das Erbprincip von der Novelle 118. [2]), wonach die Suität und Emancipation die Grundlage bildeten, die Verwandtschaft nur auf prätorischem Rechte angeschlagen wurde; was Alles jetzt ganz anders ist, indem jede Verwandtschaft in gleichem Grade hier entscheidet, und auf Suität und Naturalität durchaus nichts mehr ankömmt [3]).

§. 525.

Intestat-Erbrecht der ehelichen Verwandten.

Justinian hat diese in der Nov. 118. in drei Classen gebracht: Descendenten, Ascendenten und Collateralen. In Beziehung auf deren Ordnung läßt sich eine bessere

---

1) Mühlenbruch Pand. §. 632. Note a.

2) Siehe Roßhirt testamentarisches Erbrecht §. 20. (IV. Theil.)

3) Eine eigene Meinung hat aber Löhr Mag. III. Nr. 2. welcher auch hier das alte Princip der successio unde cognati noch will aufleben lassen, ganz gegen den Geist der Nov. 118. — Die obige Stelle interpretirt auch gegen uns Franke im Notherbenrecht und in einer Recension. Für uns sind Mayer und v. Vangerow. Mühlenbruch XXXV. Bd. S. 173. spricht alles Erbrecht ab.

Eintheilung machen, und zwar hauptsächlich nach vier Classen. Wer sie zuerst gemacht und vorgetragen hat, ist unbekannt: gewöhnlich wird der Kanzler Koch dafür ausgegeben. In der ersten Classe sind die Descendenten, in der zweiten die Ascendenten und die vollbürtigen Geschwister mit den Kindern ersten Grads der früher gestorbenen, in der dritten die Halbgeschwister mit den Kindern ersten Grads der früher Gestorbenen, in der vierten die übrigen Collateralen.

§. 526.

I. Classe. Descendenten.

Das edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus ist stillschweigend aufgehoben, weil nach der neuen Ordnung Kinder zugleich mit ihrem parens gar nicht succediren können. Ferner ist nach unsrer Ansicht die collatio emancipatorum aufgehoben, weil nach der Novelle in der Intestaterbfolge Nichts davon abhängen soll. Endlich kömmt Nichts mehr darauf an, daß der Succedent bei'm Tode des Erblassers geboren oder conceipirt war, denn jetzt hängt nichts mehr vom Begriff der Suität und den alten justae nuptiae ab, sowenig wie vom Wesen der Emancipation. Die entfernteren Descendenten succediren in Stämmen und von einer Repräsentation kann hier die Rede nicht seyn[1]). Wenn der entfernte Descendent nach dem Stamme succedirt, so wird die Stammsportion überall juristisch wie eine Kopfportion behandelt z. B. wenn 6 Enkel eines einzigen leiblichen Sohns ihren Grosvater beerben und ein plene adoptatus daneben steht, und seinen Pflichttheil will, oder die Ehefrau und ihre Portion will, so wird die Sache so angesehen, wie wenn der einzige Sohn noch lebte und succedirte, und doch folgt daraus Nichts für das Repräsentationsrecht, weil nur die Berechnung in Beziehung auf die

---

1) Roßhirt Einleitung in das Erbrecht. S. 284.

Art der gewöhnlichen Descendenz der Kinder ersten Grades geschieht, keineswegs aber die späteren auf dem Namen der früheren succediren, indem Jene ja nur sonst succediren könnten, wenn sie ihre Eltern beerbt hätten.

§. 527.

II. Classe.

a) Ascendenten.

Bei diesen trit zunächst der Satz ein, daß der dem Grade nach Nächste von beiden Linien unbedingt allen Uebrigen vorgeht. Sind Mehrere von gleichem Grade vorhanden, so erhalten sie, wenn sie zu einer Linie gehören, Kopftheile, gehören sie aber zu verschiedenen Linien, so wird das Vermögen in zwei gleiche Hälften getheilt, und die eine Hälfte der väterlichen, die andere der mütterlichen Linie gegeben. In jeder der beiden Linien erhalten aber die dem Grade nach Gleichen wieder Kopftheile, und eine Sublinealabtheilung findet nicht statt[1]). Allerdings entsteht nicht sowohl hier, wo blos Ascendenten succediren, als besonders, wenn Collateralen mitsuccediren, etwas vom Grundprincipe Abweichendes: allein gerade in dem letztern Falle ist es aus andern Gründen, wovon gleich die Rede seyn wird, absolut nöthig, indem hier ja auch alle Ascendenten sogar ex personarum numero berechnet werden.

§. 528.

b) Collateralen an sich.

Man muß drei Arten von Seitenverwandten unterscheiden

a) Die privilegirtesten, d. h. die vollbürtigen Geschwister und deren Kinder ersten Grades.

---

1) Nov. 118. c. 2. meine Einleitung S. 315.

b) Die halbbürtigen Geschwister und wieder deren Kinder ersten Grades.

c) Jeden andern Collateralen ohne Unterschied der vollen und halben Geburt. Die Seitenverwandtschaft durch adoptio plena und durch arrogatio, selbst wenn der arrogans die leibliche Mutter geheirathet hat, ferner die außereheliche Seitenverwandtschaft, auch wenn die Kinder de facto denselben Vater haben, bilden immer nur eine halbbürtige Cognation. Sind keine Ascendenten vorhanden, so succediren die vollbürtigen Geschwister in capita und neben ihnen die Kinder in stirpes, wären Letztre allein da, so wird weiter unten darüber entschieden. (§. 530.)

§. 529.

c) Ascendenten, Collateralen der ersten Art oder auch deren Kinder succediren.

I. Wenn Collateralen mit den Ascendenten succediren, so hat Schrader behauptet, daß die successio in lineas bei den Ascendenten aufrecht erhalten werden müsse; allein einmal sagt die Nov. 118. c. 2. wenigstens indirect das Gegentheil, außerdem bleibt immer das alte Civil- und prätorische Recht, wornach die successio in capita die Regel ist, soweit nicht Ausnahmen gemacht sind, und Schrader geht in rein mathematischem Geiste zu weit. Collateralen, die nur halbbürtig sind, können niemals mit den Ascendenten concurriren, selbst dann nicht, wenn die Mutter allein erben würde, und die Halbgeschwister gerade in Hinsicht auf die Mutter rechte Geschwister des Verstorbenen wären.

Wenn Kinder vorverstorbener Geschwister allein mit Ascendenten concurriren, so läßt man auch jene zu, freilich mit einigem Streite in der Theorie. Sind aber Geschwister dabei, so trit das sogenannte Repräsentationsrecht ein [1]).

---

1) Nov. 127.

§. 530.

Sogenanntes Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder.

Dasselbe hat zwei Seiten:

a) Das Eintreten derselben, wenn Geschwisterkinder, wie eben erwähnt, neben den Ascendenten vorhanden sind. In der Nov. 127. steht Nichts von diesem Falle, und es käme sehr darauf an, ob diese Novelle ein correctorisches Gesetz ist, oder nur das Recht der Geschwisterkinder declariren will, und das beneficium principis hier quam plenissime genommen werden muß; das Letztre scheint uns deshalb vorzuziehen, weil ein bereits angenommener Grundsatz, nicht eine für gewisse Verhältnisse blos eingeführte Ausnahme in seine natürlichen Rechte eingesetzt werden soll.

b) Daß wenn Geschwister oder Ascendenten da sind, die Kinder mehr nicht bekommen, als ihr vorverstorbener parens. Allein auch sie können eintreten, wenn sie gedachten parens nicht beerbt haben, und so ist das Repräsentationsrecht kein eigentliches und wahres Stellvertretungsrecht.

Sind Geschwisterkinder allein vorhanden, so wird das Repräsentationsrecht nicht angenommen, obgleich die Halbgeschwister ausgeschlossen werden. Die Geschwisterkinder succediren nämlich in capita. Dieses hat der Reichstagsabschied vom Jahre 1529 §. 31. entschieden, wo Azo's Meinung gegen die glossa ordinaria angenommen ist, weil, wie uns scheint, jene Meinung dem Sachsenspiegel entspricht. Ganz Unrecht hat Wening, wenn derselbe dieses Recht auf die Pandecten vor der Novelle gründet: denn in den Pandecten gab es gar keine Art von Repräsentationsrecht, welches vielmehr erst die Novelle einführt. Bei der deutschen Reichsentscheidung ist ein großer Fehler vorgefallen. Man dachte nur an den Fall, wo die Kinder in ungleicher Zahl vorkommen, und glaubte, daß wenn die Zahl

der Kinder auf jeder Seite der Geschwister gleich sey, gar nichts darauf ankommen könne, ob in capita oder in stirpes succedirt werde. Allein da doch etwas von der auch gleichen Zahl der Theile abhängt, z. B. bei dem Pflichttheil oder dem Theil der Wittwe, ferner, da auch das Accrescenzrecht eine andere Bestimmung hat, wenn es nur als Decrescenzrecht erscheint, oder wenn die Theile in capita im Allgemeinen fallen, so sieht man den großen Fehler, der gemacht ist, wenn man nur auf ungleiche Theile sah. Es versteht sich aber in der Intention des Gesetzes, die neue Norm, wo es nöthig ist, auch auf gleiche Theile zu beziehen.

Wenn Geschwisterkinder zugleich mit einer Tante oder mit einem Onkel succediren, und der Onkel oder die Tante sterben vor der Antretung oder repudiiren, so ist streitig, ob die Geschwisterkinder in stirpes oder in capita succediren. Glück und Thibaut meinen das erste, weil eine neue Delation nicht stattfinde, wir meinen das Andere, weil es sich hier von der Acquisition handle. Einige[1]) glauben sogar, daß jetzt eine neue Delation vorkommen könne, die aber dann nicht vorkomme, wenn lediglich wie hier das Accrescenzrecht eintrete. Wir sind der Ansicht, es könne stets nur eine Delation seyn, selbst bei der bedingten Anordnung oder selbst wenn die zuerst ab intestato Berechtigten vor der Antretung sämmtlich sterben, denn die Delation wird hier zwar expost bewirkt, geht aber in der Anwendung auf den Tod des Verstorbenen zurück. Dagegen kann die Abtheilung, wie auch bei dem Accrescenzrechte selbst erst durch die Regulirung der Antretung erfolgen, und daher ist es möglich, daß, wenn nur Einer angetreten hat, und seinen Theil verlangt, er aus der Hand nur provisorisch abgefunden werden kann, wie dieses auch aus l. 1. §. 4. 5. und aus l. 2. 3. 4. D. 5. 4. hervorgeht[2]). Daher haben die Römer

---

1) v. Vangerow S. 75.

2) Nämlich bei der Concurrenz eines postumus.

einen neuen actus der Obligation und resp. deren Perfection durch die obligatio quasi ex contractu angenommen. Dasselbe findet auch statt, wenn Ascendenten mit einem Collateralen erben, und da der Letztre wegfällt, in lineas abtheilen wollen, was uns ebenfalls zulässig scheint. Indessen ist dieses eine sehr wichtige Controverse des neueren Rechts. Im Uebrigen darf in solchen Fragen nicht blos ein strenger Rechtsgedanke, wie z. B. der erste actus der Delation, entscheiden, sondern die Auseinandersetzung gewisser erst ex-post eintretender Verhältnisse muß gerade wie in andern Fällen so geschehen, daß die Delation in das Ungewisse, die Acquisition in das Gewisse vor sich geht, womit dann auch der Gedanke der Billigkeit sich verbindet. Die Erbtheilung unter Verwandten ex eventu kann nicht anders seyn, wie ab initio, indem es gegen die Natur wäre, die ursprüngliche Delation auch dann für entscheidend zu halten, wenn später der ursprüngliche Theilungsgrund verschwunden ist, wornach die Delation selbst in dem einen Falle eine andere Wirkung hätte, wie in dem andern, also z. B. die Ascendenten in dem einen Falle in lineas, in dem andern aber nicht in lineas theilen würden.

§. 531.

III. Classe.

Halbbürtige Collateralen.

Diese succediren, wenn keine Kinder vorverstorbener vollbürtiger Geschwister da sind. Wären Ascendenten da, und solche Kinder, so ist, wie oben erinnert wurde, diesen ihr Repräsentationsrecht nicht genommen; daraus folgt weiter, daß, wenn solche Kinder allein da wären, die Halbgeschwister sie nicht ausschließen können. Der deutsche Ausdruck: paterna paternis materna maternis läßt sich auf Halbgeschwister nicht anwenden, weil das reine Princip der römischen Universalsuccession entscheidet.

§. 532.

Succession anderer Collateralen.

Justinian hat durchaus nur auf die Nähe des Grades Rücksicht genommen, nicht auf volle und halbe Geburt, nicht auf Mehrfachheit der Verwandtschaft; es wird immer einfach nach der Nähe des Grads und zwar in capita geerbt.

§. 533.

Mehrfache Verwandtschaft.

Diese hat hiernach nur unter der Succession der Descendentenlinie Bedeutung, und zwar 1) als mehrfache leibliche Verwandtschaft, z. B. die Urenkel aus der Ehe von Geschwisterkindern succediren den Urgroßvater doppelt. 2) Wenn zur cognatio eine adoptio plena kömmt.

§. 534.

Successio ordinum et graduum.

Nicht gering ist die Frage, in welchem Sinne und Geiste ist das neue Intestaterbrecht geschaffen? In dem alten Civilrechte war das Accrescenzrecht auf der Idee eingeführt, die Erbschaft zusammenzuhalten, und Tod und Repudiation immer als in favorem der übrigen Erben, denen die Erbschaft deferirt war, anzuschlagen. Eine neue Antretung oder gar eine gesetzliche Transmission sollte nicht abgewartet werden.

Das prätorische Recht ging darauf nicht ein, und ließ die b. pio aus dem Erfolge zu, woraus eben eine Art von successio ordinum et graduum wurde.

Eben deshalb ist jetzt streitig, ob wenn von mehreren Söhnen der Eine repudiirt, dessen Kinder eintreten, ferner ob wenn der Vater und Bruder erben und jener nach der Delation stirbt oder repudiirt, der Großvater daran komme,

ferner ob wenn Bruder und Neffe da sind, und der erste stirbt oder repudiirt, dessen Sohn eintrit.

Eigentlich ging die prätorische successio ordinum et graduum gar nicht hieher, weil von der Repudiation des einen Theils nicht die Rede war, und weil, wenn Jemand die b. pio suchte, dem ein Anderer bei der delatio vorging, diese sine re war, und so scheint uns also auf unsre Fälle der prätorische Grundsatz gar nicht anwendbar zu seyn. Die Nov. 118. hat auch in dieser Beziehung nicht, wie Franke[1]) glaubt, etwas Neues eingeführt, sondern den Geist des alten Rechts, folglich der Accrescenz belassen. Am wenigsten aber entscheidet die l. 2. §. 18. D. 38. 17., weil hier die Mutter mit der consanguinea erbt, und der letztern Antrit abwarten muß. Schlägt diese aus, so kann die Mutter nur die b. pio unde cognati haben. Freilich könnte diese dann der Vater ausschließen, der Vater aber wird durch die consanguinea ausgeschlossen und hat eigentlich bei der Existenz der consanguinea kein Recht. Also läßt der Prätor auch den Vater nur unde cognati zu und die Stelle paßt wegen des singulären Falles gar nicht auf die Entscheidung unsrer Regel. Daß übrigens das prätorische Recht das Accrescenzrecht nicht habe ausschließen wollen, folgt auch schon aus §. 9. J. 3. 9. — und da folglich weder der Geist des prätorischen Rechts hieher paßt, noch das alte Civilrecht verändert oder aufgehoben ist, so bleibt es dabei, daß die oben bezeichneten Succedenten durch das Accrescenzrecht ausgeschlossen sind[2]).

§. 535.

Erbrecht der Eheleute.

Das prätorische Recht ist durch die Nov. 118. nicht aufgehoben, aber dadurch verschlimmert, daß jetzt nicht blos

---

1) Beiträge S. 167.

2) Glück §. 150 ff. Roßhirt I. S. 409. Büchel Streitfragen S. 82. Mühlenbruch Pand. §. 632. v. Vangerow S. 69.

Verwandte der 6 Grade, sondern alle Verwandte den Eheleuten vorgehen. Natürlich durfte die Ehe nicht durch Scheidung gelößt seyn [1]). Dies System der Römer, die Eheleute zuletzt zu stellen, ist zwar nicht unerklärlich; aber man hatte in der spätern Zeit Versuche gemacht, die Eheleute im Allgemeinen besser zu stellen [2]), allein sie waren wieder vergessen worden. Justinian ging ganz über die Sache hinweg.

§. 536.

Erbrecht der armen undotirten Frau.

In der Nov. 56. c. 6. §. 2. hat der Kaiser die Eheleute aufgemuntert, einander im Testamente zu bedenken. Allein man fand doch für nöthig, für den Fall einer armen undotirten Frau noch weiter zu sorgen. Bei der Scheidung sollte die unschuldige uxor indotata ¼ des Vermögens ihres Mannes bekommen und vice versa auch der unschuldige Mann. In der Nov. 117. c. 5. will Justinian, daß die arme uxor indotata auch bei dem Tode des Mannes das Recht habe, einen Theil zu verlangen, den Mann dagegen schließt er aus [3]). Der Mann muß jedoch ein bedeutendes Vermögen hinterlassen haben, und sowohl dieser Umstand wie die Armuth der Frau ist nach dem Verhältnisse am Todestage des Mannes zu beurtheilen [4]). Wenn

---

1) Roßhirt I. S. 172.

2) Jac. Gothofred. in Comm. ad. l. 9. cod. theod. de leg. hered. tom. I. pag. 476. ed. Ritter.

3) Maritum prohibemus. Basilica ed. Fabrot. tom. IV. pag. 446.

4) Löhr Magaz. 4. Bd. S. 476. 481. Eine andere Ansicht hat Thibaut in dem Heidelberger Rechtsgutachten S. 326., er will die Armuth der Frau nach dem ganzen Zeitraume zwischen des Mannes Tod und dem Erbschaftsantrit beurtheilt wissen, denn es sey dies eine Voraussetzung ihrer Erbfähigkeit, allein wir sehen beide Umstände — des Reichthums des Mannes und der Armuth der Frau als gleichzeitige Bedingungen an. Erbrecht I. S. 191. in der Note.

der Descendenten wegen mehr als vier Theile gemacht werden, so bekömmt die Frau nur eine Viril- oder Stammportion, und wenn die Kinder der Frau miterben, so erwirbt sie nur den Nießbrauch. Die Stiefkinder werden zur Bestimmung des Theils der Frau in Berechnung gebracht; aber einen Antheil an der Portion der Frau haben sie nicht. Löhr glaubt im Allgemeinen, die Frau werde auch im Falle des angegebenen Nießbrauches vollkommene Eigenthümerin und könne nur nicht veräußern, aber wohl physisch darüber disponiren; er bezieht sich auf ähnliche Fälle, und Glück geht gar im Geiste eines alten singulären Gesetzes soweit, die Frau darüber testiren zu lassen, wenn sie nur zu Gunsten eines Einzigen ihrer Kinder verfüge. Aber einestheils das Wort φυλαττεσθαι (servari) anderntheils der Ausdruck χρῆσιν μόνην ἐχειν sind offenbar für unsere Ansicht. Das Vermögen gehört aber auch den Erben dieser Kinder und die Worte in der Auth. Cod. Praeterea 6, 18. „his vero non extantibus“ beziehen sich darauf, wenn bei dem Tode des Mannes keine Kinder da sind, wo die Frau dann wahre Eigenthümerin wird. Die Frau ist bald Erbin, bald unter Umständen Legatarin aber auf jeden Fall Nothbetheiligt.

§. 537.

Recht des Vaters in Beziehung auf den Nießbrauch an den bonis maternis.

Da der Vater mit der Emancipation den usufructus verliert, so soll ihm eine Art von Surrogat gewährt werden [1]). Freilich ist man über die Berechnung seines Antheils, woran er nach der Natur des Verhältnisses nur den Nießbrauch haben soll, nicht unter den Neueren einverstanden. Doch ist jetzt soviel richtig, daß bei der Erweiterung

---

1) l. 9. Cod. Theod. 8. 18. l. 3. Cod. Just. 6. 60.

des Rechts ganz einerlei ist, ob die Kinder nie in der Gewalt des Vaters gestanden haben, wie bei Enkeln von einer Tochter, oder von einem Sohne, der die Kinder erst nach der Emancipation erzeugte — oder ob sie wirklich emancipirt wurden. Auch muß die Mutter ab intestato gestorben seyn, und das Recht findet nicht statt, wenn sie ein Testament hinterlassen hat [1]), am wenigsten ist es eine Art von Notherbrecht. In Hinsicht auf die Art der Berechnung hatte zuerst Schrader [2]) behauptet (er ist aber jetzt davon zurückgekommen), daß wenn eine Mutter 40,000 Fl. hinterlasse, von den Söhnen A und B der Vater $^1/_3$, von dem Theile des Enkel C $^1/_2$, und von den Theilen der Enkel D und E $^1/_3$ bekomme — also in Summa den Niesbrauch zu 14,166 Fl. Darauf nahm Baumeister [3]) an, die Sache müsse so angesehen werden, wie wenn die Eltern der Enkel noch lebten, wo der Vater den Niesbrauch von 8000 Fl. empfangen würde [4]). Wir sind der Ansicht, daß der Vater immer und ohne alle Unterscheidung; ob nur Söhne vorhanden sind, oder ob Enkel damit concurriren, oder ob Enkel allein da sind, den Niesbrauch nach Köpfen ziehe, und also in unserm Falle 5714 Gulden zum Niesbrauche erhalte. Die Hauptrechtfertigung liegt nach unserer Meinung darin, daß der Kaiser vor der Nov. 118. in solchen Punkten in nicht geringer Verlegenheit war, weil dortmals die Töchterkinder nur in $^2/_3$ dessen succedirten, was ihren Müttern zufiel. Wollte also der Kaiser ein durchgreifendes Princip geben, so unnatürlich es erscheint, so mußte er allein die Succession nach Kopftheilen annehmen [5]).

---

1) Roßhirt I. S. 186. Note 152.
2) Abhandl. Bd. 1, Nr. 4. S. 129.
3) Anwachsungsrecht. Tübingen 1829. S. 68.
4) Siehe l. 22. §. 2. D. 40. 7. Die aber nicht hieher gehört (jetzt Schrader).
5) Ausgeführt von Roßhirt Zeitschr. I. S. 386.

§. 538.

Succession des Fiscus.

Dieses Recht des Fiscus ist nach unsrer Meinung nicht mit dem längst abgekommenen Rechte des Fiscus aus der lex Julia zu verwechseln. In der letzten Hinsicht ist der Fiscus wirklich Erbe, denn er erwirbt cum omni onere. Aber in der andern Hinsicht soll der Fiscus wie bei jeder Infiscation eintreten. Nach der letzten Ansicht ist daher der Fiscus nicht Occupant, denn das Gut wird nicht anders res nullius, wie bei der Erbschaft überhaupt. Demohngeachtet ist er Universalsuccessor, denn die Infiscation ist eine Universalsuccession [1]). Der Fiscus braucht nach unsrer Ansicht die Erbschaft nicht anzutreten, wird daher auch nicht ex hereditate adita verbunden, und braucht nicht etwa Codicillanordnungen zu erfüllen, denn diese sind ausdrücklich oder stillschweigend an die Intestaterben gerichtet, wo der Fiscus nicht zukömmt. Unsre Ansicht wird aus dem Zusammenstellen der Strafinfiscationen und der Infiscationen in bona vacantia nach dem Theodosianischen Codex begründet. Der Fiscus läßt sich gewisse Personen vorgehen, die aber dann nach der Natur ihres Rechtes besonders betrachtet werden. Hieher gehören:

a) Der socius liberalitatis principis: da es im Theodosischen Codex heißt si nullum testamentum neque liberos reliquerit, so nahm man sogar an, daß der socius eintrete, wenn der Verstorbene keine Kinder hinterlasse [2]): allein

---

1) Roßhirt I. S. 224. Unterdessen sind viele Schriften darüber erschienen. v. Schröter bei Linde 10. Bd. S. 93. Blume Rhein. Museum 4. Bd. 1. Heft. (Occupation aber mit Rücksicht auf Indignität). v. Buchholz juristische Abhdl. S. 106. Schmidt de success. fisci in bona vacantia. Jen. 1836, Außerdem Elvers practische Arbeiten. Rostock 1836. S. 42. Richter Jahrb. I. S. 309. Witte preußisches Intestaterbrecht §. 48.

2) Roßhirt S. 230.

in der l. 1. Cod. 10. 14. heißt es „nullo herede relicto.“ Es versteht sich, daß hier auch nur eine Singularsuccession stattfinden kann; sollte aber das ganze Vermögen in dieser Liberalität bestehen, so muß der socius als Universalsuccessor haften. Legate aber braucht er so wenig wie der Fiscus zu bezahlen.

b) Die Rechte des vierten und fünften Jahrhunderts zu Gunsten der Stadträthe, Legionen u. s. w. sind weggefallen, und ganz etwas Anderes ist das vertragsmäßige Recht, welches die Hospitäler in das Vermögen ihrer Pfründner haben.

§. 539.

Recht des Verpflegers eines Wahnsinnigen.

Wenn in der Nov. 115. verlangt ist, daß die Warnung an die Erbberechtigten personell geschehe, so will diese Stelle nicht über den Fall entscheiden, wo die Warnung nur impersonell möglich ist. Wenn in der Novelle von einem in scriptis denunciare steht, so ist dieses nur der Sicherheit des Beweises wegen vorgeschrieben, weil die Scriptur überhaupt im römischen Rechte damals keine andern Folgen hatte.

§. 540.

Succession in das peculium.

I. Das profectitium ist Vermögen des Vaters und steht ihm zu, selbst wenn der Sterbende Kinder hinterläßt, die das pecul, wenn der Vater das Gut nicht an sich nimmt, als profectitium fortgenießen können. Stirbt der Vater, so gehört es natürlich zur väterlichen Hinterlassenschaft.

II. Das castrense vel quasi soll, wenn kein Testament da ist, dem Vater ebenfalls jure peculii gehören, und nur bei dem quasi castrense der Geistlichen ist vom Kaiser Leo verordnet, daß dasselbe an die Kinder des Geistlichen in dem Sinne fallen soll, in welchem oft auch das profec-

titium ihnen blieb[1]). Justinian sagt, daß er überall hier Nichts geändert habe[2]), und so heißt das jure communi succedere in pr. J. 2. 12. nichts anders als jure peculii succedere[3]).

III. Hinsichtlich des adventitium ist Folgendes zu bemerken: Schon unter Kaiser Leo wurden die bona nuptialia, ferner die bona materna et materni generis in den ordentlichen Erbgang gesetzt[4]): aber nach der Richtung der Nov. 118. ist dazuzusetzen:

a) Wenn die Descendenten des Kindes das peculium erben, so verliert der Großvater den Niesbrauch nicht, welchen er bishieher hatte.

b) Sind aber keine Kinder da, und der Vater erbt mit den Collateralen das peculium, so verliert er den Nießbrauch, theils weil deshalb in der Nov. 118. c. 2. kein Vorbehalt gemacht ist, der doch im cap. 1. gemacht war, theils weil hier der Vater für seinen Niesbrauch einen Theil der Proprietät hat.

Drittes Capitel.

Vom Testamentserbrechte.

Einleitung.

§. 541.

Begriff des Testaments.

Im Ganzen kann man wohl sagen, ein Testament sey eine vor aufgefoderten Zeugen abgegebene Erklärung, wodurch sich der Erblasser einen Nachfolger in die Einheit sei-

---

1) l. 34. Cod. 1. 3.
2) l. 6. pr. Cod. 6. 61.
3) Die Nov. 118. war ja gar noch nicht publicirt.
4) l. 6. §. 1. Cod. eod.

ner Vermögensverhältnisse ernennt [1]). Allein man muß doch genauer unterscheiden. Die 12 Tafel gebrauchen den Ausdruck des „intestatum mori“ [2]) ohne Rücksicht auf Intestaterbgesetze, sondern als reine Negative: und so hat das Testament im ursprünglichen Sinne den Gegensatz zu den Intestatsuccessionsgesetzen nicht, denn es bestanden damals außer der Suität, die ihr eigenes Recht hat, und der Occupation der gentes und des proximus agnatus besondere Rechte nicht. Mit der Ausbildung eines besonderen Intestaterbrechts durch die b. pio trat diese nur dann ein, wenn nicht b. pio secundum tabulas möglich war, so daß dann das Testament nicht bloß civilrechtlich, sondern auch im prätorischen Rechte eine besondere Bedeutung hatte. Als die Codicille Vollzug erhielten, so daß auch ein Intestaterbe zum Vollzieher eines letzten Willens gemacht werden konnte, was eigentlich der Testamentserbe war, da erweiterte sich der Begriff letztwilliger Verfügung vom Neuen, und man theilte besonders die Codicille ein in solche, die auf ein anderes Testament gingen, und in solche, die dem Intestaterben zum Vollzieher machten. Im Ganzen giebt es daher jetzt ein doppeltes System letztwilliger Verfügungen:

a) Die Errichtung eines eigentlichen Testaments, worin ein Erbe ernannt wird (heredem scribere).

b) Die Errichtung gewisser Dispositionen, die auch der Intestaterbe vollziehen muß (Codicillsystem).

§. 542.

Verhältniß des Testaments zum Codicill.

Die Erbeinsetzung ist das Fundament des Testaments. Dazu gehört aber nicht bloß die Ernennung der Erben, sondern auch die Beifügung der Bedingung, die Vulgarsubsti-

---

1) l. 1. D. 28. 1.
2) Ulpian XXVI. 1.

tution, die Ausschließung der nothwendigen Erben und Alles, was zum Wesen der Erbanordnung gehört. Pupillarsubstitutionen, Legate, Freilassungen und Tutelen können auch im Testamente verfügt werden, aber sie werden als Theile des Testaments betrachtet, wenn sie in einem Codicille geschehen, dessen entweder im Voraus oder expost im Testamente selbst, wenn auch nur im Allgemeinen, Erwähnung geschehen ist (testamento confirmatus pro parte testamenti habetur). War kein Testament da, so sollte das Codicill nur dann gelten, wenn der praetor fideicommissarius es causa cognitâ bestättigte. Im Uebrigen war in den Codicillen keine Form nöthig, selbst Universalfideicommisse konnten hier bestellt werden, also bei den Erben weder mancipatio noch nuncupatio, bei der Singularsuccession keine formulae, keine besondere Worte bei Freilassungen (manumissionis fideicommissarius) ja nicht einmal die gewöhnlichen Voraussetzungen bei Tutelbestellungen. Auf einmal erschien die neue förmliche Bestellung der Erben und andern Anordnungen seit Theodos II. — In erster Hinsicht waren mancipatio, nuncupatio nicht nöthig, wohl aber gewisse Wortformeln auch bei den Legaten, Freilassungen und Tutelbestellungen: außerdem aber genügte für die letztern als Fideicommiß ohne alle Form jedes Codicill, wenn es nur, wie das Testament auch, vor Zeugen errichtet war. Damit ist denn auch der Unterschied vom codicillus confirmatus et non confirmatus gefallen, wie am beßten Dunius gezeigt hat gegen die beiden Böhmer Vater und Sohn.

§. 543.

Testamentifactio activa[1]).

In Hinsicht auf die Fähigkeit eine letztwillige Anordnung zu verfertigen ist im Ganzen das Recht der Testamente

---

1) Mayer Erbr. §§. 7. 8.

und Codicille gleich[1]). Jedoch wird bei dem Testamente auf die Zeit der Errichtung eines Testaments gesehen[2]); dagegen ist es bei dem Codicille genug, daß der Codicillant zur Zeit seines Todes die testamentifactio habe, weil hier Alles von den Fideicommissen aus beurtheilt wird, mit Rücksicht auf dasjenige, was jetzt die neuere Ansicht von der Behandlung der catonianischen Regel wirkt.

Dabei kömmt noch in Betracht, daß auch derjenige kein gültiges Testament machen kann, welcher zwar die testamentifactio hat, aber über das Vorhandenseyn derselben im Ungewissen ist[3]).

Die testamentifactio activa haben nicht

I. Ein Unmündiger, auch nicht tutore auctore, jedoch wird der letzte Tag der Unmündigkeit so gerechnet, daß schon der Anfang desselben zur Testamentsfähigkeit genügt[4]).

II. Ein filius darf über sein peculium profectitium kein Testament machen, aber mit Einwilligung des Vaters es verschenken[5]): aber er kann testiren über sein peculium castrense vel quasi als Soldat und später, und das adventitium folgt jure accrescendi[6]). Ueber das adventitium kann der filius nicht testiren[7]); ob er mit Einwilligung des Vaters verschenken könne, wird bezweifelt, weil hier des Vaters Einwilligung Nichts wiege; allein da es jure accrescendi zuwächst, und die Schenkung durch den Vater ergänzt wird, so bleibt dieser Weg so gut übrig, wie bei dem profectitium[8]).

---

1) l. 6. §. 3. D. 29. 7.

2) l. 2. 19. 20. §. 4. D. 28. 1. §. 1—3. J. 2. 12.

3) l. 14. 15. D. 28. 1. Ulpianus XX. 11. ausgenommen die Soldaten, l. 11. §. 1. D. 29. 1. l. 9. D. 29. 7.

4) l. 5. D. 28. 1.

5) l. 9. §. 2. D. de don. l. 11. D. de m. c. don.

6) l. 13. §. 1. D. 29. 1. Civilarchiv VII. Bd. S. 266.

7) Auch nicht wegen Nov. 117, c. 1. §. 1.

8) Andere Meinungen haben Fritz im Archiv VI. 9. u. s. w.

III. Ein furiosus kann nur ein Teſtament in dilucido intervallo machen [1]): andere Arten von Geiſteskranken, deren Zuſtand nicht in einer Art von furor hervortrat, kannten die Römer nicht. Prodigis, d. h. ſolchen, die gerichtlich als Verſchwender erklärt ſind, iſt das commercium nicht blos inter vivos, ſondern auch mortis causa genommen und die Leon'ſche Novelle kann, wie Glück ausgeführt hat [2]), nichts helfen.

IV. Derjenige, welcher ſich mit obrigkeitlicher Beſtellung einen Curator geben läßt, kann nicht ohne Einwilligung des Curators teſtiren. Zwar heben Alter, Krankheit, Gebrechen die Teſtirfreiheit nicht auf [3]). Allein es handelt ſich hier von der Entziehung des commercii inter vivos, die immer auch zugleich mortis causa vor ſich geht, weil ſonſt der Zweck der Entziehung nicht erreicht würde. Es bedarf daher keiner andern Diſpoſition als der, daß, wem das commercium genommen wird, auch mit deſſen eigenen Willen, zugleich die testatio entzogen wird. Es folgt dieſes auch wenigſtens per indirectum aus der Notariatsordnung von Teſt. §. 4., weil ſolche für ſich nicht reden oder ſchreiben können, vielmehr einen Beiſtand haben müſſen.

V. Taubſtumm Geborne, auch wenn ſie keinen Curator haben, können nach Juſtinian nur teſtiren, wenn ſie eine beſondere Diſpenſation [4]) haben [5]).

VI. Im römiſchen Rechte iſt eine beſondere intestabilitas zur Strafe angenommen, aber ſie gilt Nichts mehr. Nur die canoniſche Idee von der Unfähigkeit der Zinswucherer iſt geblieben, wenn dieſe nicht ſelbſt im Teſtamente die Reſtitution des zu viel Genommenen angeordnet haben [6]).

---

1) l. 9. Cod. 6. 22.
2) XXXIII. Bd. S. 282.
3) l. 2. 10. 17. D. h. t.
4) Dasjenige, was in andern Richtungen hiſtoriſch iſt, erſcheint hier ohne Belegſtellen practiſch.
5) §. 3. J. 2. 12. l. 10. Cod. 6. 22.
6) Andere Meinung hat Wächter im Civilarchiv 17. Band S. 423.

§. 544.

Testamentifactio passiva.

Darunter hat man bis hieher alle jene Fälle gebracht, wo Jemand in der Erwerbung einer Erbschaft gehindert ist, wo er im allgemeinen Sinne des Wortes hereditatem capere nicht kann. Also nicht blos das Verhältniß, im Augenblicke der testamentifactio nicht fähig zu seyn, sondern auch das Verhältniß, durch eigene Gesetze in einer gewissen Zeit etwa bei der Apertur des Testaments oder vorher es nicht zu seyn, aber unter einer Bedingung fähig zu werden, und wohl auch die eigene Art der Indignität wurde hieher gerechnet [1]). Die Indignität aber hat man schon deshalb bald unterschieden, weil ein solcher an sich fähig ist, und so lange bleibt, als das Entreißungsrecht gegen ihn nicht ausgeübt wird.

Was nun die andern incapaces betrifft, so giebt es jetzt 2 Meinungen: der eine Theil behauptet, die peregrini, und bei den Römern die zu einer Capitalstrafe Verurtheilten, sowie die incertae personae müßten unmittelbar verworfen werden, weil sie zur Zeit der testatio nicht fähig wären, und sie könnten durch eine beigefügte Bedingung nicht fähig gemacht werden [2]); dagegen die coelibes, orbi würden durch den Eintrit der Bedingung fähig [3]): der andere Theil aber behauptet, Alle diese Unfähigen könnten durch eine Bedingung, wenn sie fähig seyn würden, gültig eingesetzt werden [4]). Da bei uns die peregrini, die zu einer Capitalstrafe Verurtheilten, die personae incertae

---

1) Cicero pro Caec. c. 35. Auch vom peregrinus wird das capere gebraucht. Gajus II. 110. Ulpianus XVII. 1. l. 23. §. ult. D. 21. 1. l. 12. §. 1. D. 37. 1. Mayer Erbr. §. 15.

2) v. Vangerow nach der Arbeit Müllers, Arndts II. S. 84.

3) Einige wollen, auch diese müßten zur Zeit der testatio fähig seyn. Schröter in seiner Zeitschr. II. S. 120 ff.

4) Mayer Erbrecht S. 44. 45. Note 1.

erben können, das Recht der coelibes und orbi, des solitarius pater und der Ehegatten, die nur decimam capiren konnten, weggefallen ist[1]): so wird die ganze Unterscheidung unpractisch, wenn sie besteht, und es ist also gewiß, daß, wo eine Incapacität jetzt noch vorkömmt, sie durch den Eintrit der Bedingung gehoben werden kann.

§. 545.

Incapacitas.

Diese trit ein:

a) für die probrosae feminae (also namentlich Huren und die altrömischen Schauspielerinnen) und nach einem Rescript von Hadrian soll dies nicht einmal bei einem Soldatentestament vorkommen[2]), (doch soll eine solche Person ihre Kinder beerben)[3]) und es versteht sich, daß eine solche Frau, wenn sie ihren schlechten Lebenswandel aufgegeben hat, erben kann[4]).

b) für incertae personae. Darunter sind eigentlich nicht solche verstanden, die weder genau bezeichnet, noch sonst aus den Aeußerungen des Erblassers mit Sicherheit zu ermitteln sind, denn hier ist die Einsetzung schon ex judicio testatoris unverlässig, sondern es sind solche, deren Individualität dem Erblasser nicht vorschwebte, daher man sie auch durch eine certa demonstratio einsetzen konnte[5]). Es verstand sich auch, daß sowie der postumus suus frühzeitig eingesetzt werden konnte und mußte, dieses allmählig auf den postumus alienus ausgedehnt wurde[6]),

---

1) Vorzüglich auch das Recht der latini ex lege Junia Norbana.

2) l. 41. §. 1. D. 29. 1. Viele behaupten, die Beischläferin eines Soldaten sey von selbst indigna, l. 14. D. 34. 19.

3) l 2. §. 4. D. 38. 7.

4) l. 23. Cod. 5. 1. Mühlenbruch zu Glück XXXIX. S. 262 ff.

5) §. 25. J. 2. 20.

6) §. 28. J. eod.

und dieser nicht schon zur Todeszeit des Testators gezeugt seyn mußte. Arme und Gefangene sollen durch die Geistlichkeit bestimmt werden [1]). Endlich können nach dem justinianischen Rechte auch städtische und kirchliche Gemeinheiten und Stiftungen eingesetzt werden, was mit der Natur der juristischen Personen zusammenhängt [2]).

Also bleibt eigentlich für die incertae personae nichts übrig als die Unbestimmtheit in der Ansicht und im Urtheile des Testators selbst.

c) Die Concubinenkinder. Wenn ein Mann eheliche Descendenten hat, so darf er seinen Concubinenkindern und deren Mutter zusammen nur $^1/_{12}$, der Concubine allein nur $^1/_{24}$ hinterlassen und ist dagegen gefehlt worden, so soll das Mehr an die ehelichen Descendenten fallen [3]). Die Praxis läßt es im canonischen Geiste wohl auch auf andre uneheliche Kinder anwenden.

d) Der conjux binubus darf seinem zweiten Gatten nicht mehr hinterlassen, als einem Kinde aus früherer Ehe [4]).

e) Nach einer oratio von Pertinax soll der Regent nicht litis causa zum Erben eingesetzt werden [5]).

§. 546.

Indignitas.

Der Unterschied zwischen dem Incapax und dem Indignus ist Folgender:

a) Der incapax kann unter einer Bedingung eingesetzt werden, dem indignus hilft dieses nichts.

---

1) l. 24. 49. Cod. 1. 3.

2) l. 23. Cod. 1. 2.

3) Nov. 89. c. 12.

4) l. 6. Cod. 5. 9.

5) §. 8. J. 2. 17. l. 91. D. 28. 5. Von der Intestabilität im römischen Sinne kann hier die Rede nicht seyn.

b) Der indignus kann eingesetzt werden und die Erbschaft sogar behalten, wenn sie ihm nicht entrissen wird, der incapax kann sie nicht erhalten und behalten. Wird dem indignus die Erbschaft entrissen, so leben die durch Confusion untergegangenen Rechte nicht wieder auf [1]).

Im Allgemeinen gilt wohl der Gedanke, daß weder als Universal- noch als Singularsuccessor derjenige eintreten soll, welchen der Erblasser nicht einsetzen wollte [2]), und wobei Zwang und Betrug stattgefunden hat, wovon noch weiter unten die Rede seyn wird. Der Irrthum ist ein Aufhebungsgrund des Testaments selbst, und wobei es natürlich ist, daß der Eingesetzte nicht als indignus erscheint. Daraus folgt, daß der indignus nicht gerade eine in seiner Person liegende Unwürdigkeit in sich tragen muß, und deshalb nur im Allgemeinen auf die Indignität zu verweisen ist [3]).

Insbesondere aber werden für indigni gehalten:

A. wegen Verfehlungen gegen den Erblasser, wenn man denselben getödtet oder fahrlässig um das Leben gebracht [4]), ihn in seinem bürgerlichen Zustand angegriffen [5]), oder ohne dessen Willen über seine Hinterlassenschaft verfügt hat [6]), dahin gehört auch, wenn man seinen Tod nicht gerächt [7]), oder dessen Testament als falsum angegriffen [8]), oder bonorum possessionem contra tabulas nachgesucht hat [9]).

---

1) l. 8. 18. §. 1. D. 34. 9.

2) Also im Allgemeinen l. 12. D. 34. 9. l. 4. Cod. 6. 35. l. 3. 16. §. 2. D. 28. 4.

3) A. M. ist jetzt wieder mit den Alten Mayer S. 431. der nur einige kaum zu unterscheidende Fälle herausnimmt.

4) l. 3. 7. § 4. D. 48. 20. l. 10. Cod. 6. 35.

5) l. 9. §. 2. D. 34. 9.

6) l. 2. §. ult. D. h. t. l. 29. §. ult. l. 30. D. 29. 5.

7) l. 5. §. 2. D 29. 5.

8) l. 5. §. 14. D. 34. 9.

9) l. 2. pr. D. eod. Die Anklage gegen den Erblasser macht blos den libertus unwürdig. Mayer §. 141. Note 2.

B. Wenn der Erblasser oder Erbe eine ehebrecherische oder sonst verbotene Ehe mit einander eingegangen hatten [1]) und durch keinen Irrthum entschuldigt sind [2]).

C. Wenn ein Untergeschobnener als Sohn eingesetzt wurde [3]).

D. Wenn Jemand ein Fideicommiß übernahm, welches ausdrücklich gegen das Gesetz war oder in fraudem legis ist (fideicommissum tacitum) [4]).

In allen diesen Fällen trit der fiscus ein, welcher in Gemäßheit der Untersuchung der Verhältnisse den Eingesetzten ausstoßen und sowohl gegen ihn als gegen jeden Dritten die hereditatis petitio anstellen kann. In einem solchen Falle ist der fiscus Stellvertreter des Erben und wirklich Erbe, wodurch er sich dann auch von der successio in bona vacantia unterscheidet, und die Vermächtnisse bezahlen, auch überhaupt sich so halten muß, wie Andre in die Stelle des Unwürdigen Berufene, von welchen gleich die Rede seyn wird. Es trit hier gerade dasselbe ein, wie bei den bonis caducis des vorigen §.

Außerdem sind unwürdig:

E. diejenigen Geschwister, die entweder dem Erblasser nach dem Leben streben, oder ihn heimlich anklagen, oder eine zur Untersuchung führende Denunciation anstellen [5]). wo die andern Berechtigten eintreten, selbst auch dann, wenn sie einen Vermögensvortheil gegen den Erblasser intendirten.

F. Solche Erben, die sich in gewissen Punkten der Testamentsvollziehung nachlässig betragen, wie z. B. das Be-

---

1) l. 4. Cod. 5. 5.

2) Auch bei Männern s. diese Stelle.

3) l. 46. pr. D. 49. 14. l. 4. Cod. 6. 24.

4) l. 3. §. 4. D. 49. 14.

5) Nov. 22. c. 47.

gräbniß, wozu sie beauftragt sind, nicht gehörig besorgen [1]), die sonst gemachten Aufträge versäumen [2]), die Vormundschaft, zu der sie aufgefordert sind, nicht übernehmen [3]).

Entweder treten hier die andern Erben ein, oder bei Singularsuccessionen ist die Hinterlassung ungültig, und fällt weg.

G. Könnte man auch, wenn man wollte, diejenigen hierher stellen, die einen furiosus vernachlässigen oder den Erblasser aus der Gefangenschaft nicht befreien [4]), weil sie nicht nur das Testamentsrecht verlieren, sondern auch, wenn sie ab intestato erben, ausgeschlossen werden.

H. Endlich sollen auch diejenigen für unwürdig erklärt seyn, die gesetzlich verbunden für einen Vormund zu sorgen, einen solchen für den Erblasser nicht erbitten [5]).

Auch hier kömmt zwar nicht der fiscus, aber es kommen diejenigen, zu deren Gunsten das Recht eröffnet ist.

§. 547.

Form und Inhalt des Testaments.

I. Das Wesen eines Testaments besteht

1) in der Erbeinsetzung.

2) In der Ausschließung derjenigen, welche nur aus gewissen Gründen ausgeschlossen werden können, und umgekehrt in der Einsetzung derselben. Beides gehört sogar unter gewissen Verhältnissen zur Form.

II. Der Inhalt des Testaments geht auch auf Nebenpunkte z. B. Bedingungen, und die Berücksichtigung derselben gehört in Beziehung auf die Notherben auch zur Form.

Daher es wichtig ist, von dem Hauptstandpunkte der

---

1) l. 12. §. 4. D. 11. 7.
2) Nov. 1. c. 1. §. 1—4.
3) l. 111. D. 30.
4) Nov. 115. c. 3. 13.
5) l. 10. C. 6. 58.

Form im römischen Rechte, woraus auch allein die Nullität des Testaments kömmt, einen doppelten Abschnitt zu machen.

A. Von dem Testamente mit Notherbenrecht.
B. Von dem Testamente ohne Notherbenrecht.

Erster Abschnitt.

Testament mit Notherbenrecht.

§. 548.

Allgemeine Einleitung und Uebersicht.

Es giebt ein Rechtssystem, wo das Eigenthum eines gewissen Vermögens dem Familienrecht unterworfen ist, und nur das besonders von dem Subjecte erworbene einem freien commercio foigt, wo also in der ersten Hinsicht das Eigenthum ein Recht der Familie, und der Genießer nur als Wehrmann und Nutznießer des Rechts erscheint, welches denn eine eigene Art beschränkten Eigenthums bildet, dessen Beschränkung in der Entziehung des commercii inter vivos und mortis causa besteht. Und es giebt ein anderes System, wo das Familenhaupt der Familienherr ist, das Vermögen oder resp. die Familie ein Gesammtgut bildet, und das Recht des Herrn darin besteht, inter vivos und mortis causa darüber zu verfügen und in der letzten Hinsicht einen neuen Familienherrn zu machen. Hieraus folgt, daß es in der ersten Hinsicht keine eigentliche römische testamenti factio gibt, daß das sogenaunte Testament hier nichts als eine Schenkung oder ein Intestatcodicill ist. Ueber den andern Theil des Vermögens, welchen der Betheiligte erworben hat, kann man naturgemäß wieder kein Testament, d. h. einen wahren Universalsuccessor machen, und eine Menge römischer Sätze stnd hierher nicht anwendbar, z. B. der Satz: Nemo pro parte, des nothwendigen Accrescenzrechts, des Umstands, daß ein filius durchaus nicht

testiren kann u. s. w. Auch ein Notherbrecht ist hier nicht denkbar, weil die Familie Alles allein hat, und wenn ein Gesetzbuch, wie z. B. der Code civil eine Art von Universalsuccession dem römischen Rechte nachbildet, so wird der Pflichttheil eine Art von Vorbehalt[1]), d. h. die Schenkfreiheit wird in gewisser Hinsicht beschränkt[2]).

Ganz anders das römische System. Dasselbe ist ohne alle Beschränkung in das Leben getreten, und der Familienherr konnte die sui ausschließen, doch soll dieses durch die Interpretation nicht so stillschweigend angenommen werden; allmählig aber bildete sich das eigene Suitätsrecht, wie es die Neueren nennen. Es gehört schon zu der Form des Testaments d. h. die sui müssen bei der Errichtung des Testaments gehörig bedacht seyn, wenn das Testament gültig seyn soll.

Der Prätor in seinem Edicte folgte nicht sowohl der civilrechtlichen Logik (consequentia juris) sondern wenn er die emancipati und andere den suis gleichstellte, so that er es theils unter Bedingungen, welche das Civilrecht an sich nicht zuließ[3]) theils vernichtete er nicht das ganze Testament, sondern ließ einzelne Anordnungen aus dem Testamente daneben bestehen, und noch milder war Justinian in der Novelle 115.

Auch bei den Römern wurde allmählig das Testament gerichtlich weiter beurtheilt, d. h. eben nicht nach der Form, sondern nach dem Inhalt. Hier hatten alle nahen Verwandten ihr Recht, und zwar ebensowohl die sui und emancipati wie die Uebrigen. Die Beurtheilung er-

---

1) Dabei hat das französische Recht den in der Zeit und durch seine Revolution untergegangenen Unterschied des Familienguts und der Errungenschaft mit Recht umgeworfen und vernichtet.

2) Zu einzelnen Sachen sind die Franzosen dem römischen Rechte gefolgt, z. B. in der Begünstigung der Schenkung mortis causa durch Interpretation, z. B. bei der Zufügung unmöglicher Bedingungen u. dgl.

3) Z. B. Collation.

folgte vor dem Centumviralgericht und bewirkte eine Rescission des Testaments in dem bekannten Unterschiede der Römer zwischen Nullität und Rescissio. In letztrer Hinsicht war auch Alles im arbitrio der Centumviri. Der Testator selbst kann den Folgen dieses Billigkeitsrechts entgehen, wenn er einen bestimmten Theil seines Vermögens den Verwandten überläßt, und zwar den Notherben in Erbrechtsform, den andern auf andre letztwillige Weise. (Pflichttheilsrecht — jus legitimae, weil nicht das Recht sondern die Portion nach einem gewissen Gesetze beurtheilt wurde).

Diese beiden Rechte, das Suitätsrecht, und das Recht der legitima sind im Princip, im Prozesse, in den Folgen des Ausgangs der Rechte so von einander verschieden und unabhängig, daß sie eigentlich miteinander nicht in Wechselwirkung gebracht werden sollen. Es beweisen dieses auch schon die äußeren Richtungen ihrer Ordnung in den Quellen. Die Suität ist z. B. in den Pandecten 28, 2. das Pflichttheilsrecht lediglich bei den Klagen 5, 2. behandelt. Denn dort hat man die Form im Auge hier den Erfolg der Klage. Allein in der Entwickelung des Rechtssystems hat man nothwendig aufeinander geachtet; zumal die Notherben auch unter den Pflichttheilsberechtigten sind, und endlich hat schon Justinians Novelle 115. auf eine Berücksichtigung beider Punkte geführt, und es nöthig gemacht, unter einem allgemeineren Begriffe des Notherbenrechts, welchen die Römer in der That gar nicht hatten, die Sachen zusammenzustellen [1]). —

§. 549.

Suität.

Die sui im eigentlichen Sinne sind hier namentlich im Gegensatze zu den postumis solche, welche entweder zur

---

1) Eben deshalb haben sich schon Heise und vor und nach ihm Andere abgemüht, einen entsprechenden lateinischen Ausdruck zu finden.

Zeit der Testamentserrichtung oder doch zur Zeit des Todes des Testators in dessen Gewalt waren, und es versteht sich hiernach, daß diejenigen Kinder von Söhnen, welche nach dem Testamente des Großvaters geboren wurden, aber vor seinem Tode wirkliche sui wurden, nicht zu den postumis gezählt werden können [1]). Auch die Töchter gehörten hieher, wenn sie in der Gewalt des Vaters waren, und es kömmt hier zwischen dem Rechte der Suität und der verschiedenen Art der Enterbungspflicht bei den Enkeln, Enkelinnen und Töchtern nichts an [2]).

Postumi waren hiernach diejenigen, welche nach des Vaters Tode geboren wurden, und zwar sowohl sui, d. h. Kinder des Testators selbst als allmählig auch vorverstorbener Kinder des Testators, die, wenn der Großvater noch gelebt hätte, dessen sui geworden wären.

Mühlenbruch [3]) meint, diese postumi — und vielleicht auch die beim Leben des Testators verschollenen Kinder wären die Veranlassung zum Notherbrechte gewesen [4]): allein uns scheint zur Sicherung des Rechts des Vaters die allgemeine Ueberzeugung, daß dieser enterben wolle — das ceteri exheredes sunto — die erste Richtung gewesen zu seyn [5]). Die Form der Enterbung ist zuerst für die filii jam nati eingeführt, und erst allmählig auf die postumi angewendet worden [6]): obgleich wir nicht läug-

---

1) S. Mühlenbruch XXXVI. Bd. S. 141 ff.

2) Griesinger über Suität will mit Unrecht nur die Söhne hieher stellen.

3) XXXVI. Bd. S. 151.

4) Cicero de Orat. I. 38.

5) Siehe auch l. 4. Cod. 6. 28.

6) Bei den filiis jam natis wird der Sohn von Töchtern und Enkeln unterschieden, bei den postumis und auch bei den emancipatis des Prätor nur das männliche und weibliche Geschlecht, und zuletzt hebt der Kaiser auch diesen Unterschied wieder auf l. 4. Cod. 6. 28. Die Fortentwickelung ist also von den filiis natis auf die emancipati und postumi, sodann auf das neueste Recht erfolgt.

nen können, daß die Exheredationspflicht früher war als die Exheredationsform. Die filii jam nati mußten hiernach speciell (nominatim), dann von allen einzelnen Substitutionsgraden und unbedingt, oder nur unter einer potestativen Bedingung enterbt werden. Ebendeshalb mußte der filius jam natus auch speciell (nominatim) eingesetzt [1]), in jedem Substitutionsgrade beachtet, und die Bedingung in sein volles oder wenigstens potestatives arbitrium gestellt seyn. Für den Fall einer solchen Bedingung kann der filius, soferne er nicht erfüllt, enterbt werden, aber wieder in der ebengedachten Richtung. Von den andern Bedingungen an einem andern Orte.

Was nun den postumus zunächst angeht, so sind einige Formen zu bedenken:

1) Die Form des Aquilius Gallus. Der Vater konnte seinen eigenen postumus einsetzen, den postumus seines Sohnes aber, wenn der gedachte postumus nach des Testators Tode erst zur Welt kam, nur so, daß er ihn rief, wenn er zur Welt kommen würde, und sein Vater todt sey, und ihn enterbte, wenn sein Vater noch lebte.

2) Die Form der lex Velleja: auch diese bezweckte die Einsetzung eines solchen mittelbaren postumus; sie ließ dieselbe zu, auch wenn der postumus bei dem Leben des Testator schon geboren war, natürlich soferne der Sohn, d. i. der Vater des postumus sterben würde. Ja, das zweite Capitel dieser lex will, daß wenn der eingesetzte filius oder nepos sonst aus der Suität komme, z. B. durch Emancipation oder Adoption, dessen Kinder, die zur Zeit der Testamentserrichtung schon leben, auch wenn sie nicht eingesetzt oder enterbt sind, eo ipso nachrücken [2]).

3) Durch die Jurisprudenz wurden noch andre Fälle, für welche weder die aquilische Formel noch die beiden

---

1) Dieses lediglich im Gegensatze zu den inter ceteros.
2) Von der Einsetzung war nichts gesagt. Roßhirt S. 208.

Vellejanischen Capitel paßten, in gewissen Formen zur Einsetzung oder Enterbung aptirt, und zwar theils durch die Auctorität des Salvius Julianus[1]), theils durch die Beihülfe der lex Cornelia.

Bei den postumis männlicher Art war die Form gebräuchlich quicunque mihi filius vel nepos ex filio genitus erit, exheres sit, soferne er nicht nach den gegebenen Grundsätzen eingesetzt, sondern enterbt werden sollte. Bei dem weiblichen Geschlechte aber war es hinlänglich, daß ihr nur eine Kleinigkeit zum Legate gegeben wurde. Waren die Weiber aber auch nicht so bedacht, so trat die allgemeine Richtung der Enterbung ein.

---

1) l. 29. §. 15. D. 28. 2. Wenn Jemand einen Sohn A hat, und einen Enkel B, der noch nicht geboren ist, einsetzt, der Enkel bald bei dem Leben des Vaters A geboren wird, worauf denn der A stirbt, so ist der B nicht suus heres, d. h. zu der Zeit, wo er, der B, geboren wird, weil sein Vater A die unmittelbare Erbsuität hat. Ferner paßt nicht auf den B, daß er durch das Nachrücken (succedendo) als posterior das Testament nicht rumpire, weil er ein andrer ist, als ein solcher qui tempore testamenti jam natus erat (erit) — (denn er war ja in der That hier noch nicht geboren).

Folglich gilt für den vorgelegten Fall nicht

a) das erste Capitel der lex Velleja, denn der Postumus sollte hiernach nur eingesetzt werden können, wenn er zur Zeit seiner Geburt suus seyn würde.

b) Auch nicht das andere Capitel, weil hier blos gesagt ist, daß durch das Nachrücken der zur Zeit des Testaments schon Gebornen das Testament nicht rumpirt werden soll. Von dem Einsetzen dieser Personen ist nicht die Rede.

So bemerkt denn der Jurist:

Aber es kann geschehen, daß ein Solcher mit Wirkung doch eingesetzt ist (porro procedere debet, ut utiliter sit institutus — freilich sagt der Jurist, ist er noch nicht geboren!

Aber jetzt zeigt Salvius Julianus, der Geist der beiden Capitel sey ja eben der „ne rumpantur testamenta," d. h. es solle bewirkt werden, daß durch die Succession eines solchen postumus der Testamentsverfall aufgehalten werde, und deshalb könne man annehmen: daß der Testator auch in dem gedachten Falle den B, der noch nicht geboren ist, einsetze, wenn der Vater nicht mehr bei Leben sey.

Die Weiber, die zu den suis jam natis gehörten, wurden nämlich auf einen gewissen Theil stillschweigend zu Erben gerufen (jure accrescendi wie man zu sagen pflegt) und dasselbe trat dann zu Gunsten der vernächlässigten postumae ein [1]).

In der l. 4. Cod. 6, 29. wirft Justinian den Unterschied zwischen der Einsetzung und Enterbung der nati männlichen und weiblichen Geschlechts, namentlich auch der Enkel, die zu den letzteren gehören, zusammen, und in der l. 4. Cod. 6, 28. verfügt er, daß es bei den postumis ebenso gehalten werden solle, wie bey den natis. Bei den postumis waren ohnedies die obenangeführten Formeln bedenklich, zumal man die Formen oft zu wörtlich verstand, und dann bald eine Präterition, die in der That nicht da war, oder eine Exheredation, die der Testator nicht im Sinne hatte, annahm. Also Alle sollten speciell mit Rücksicht auf sämmtliche Grade und nur unter einer potestativen Bedingung eingesetzt, oder im entgegengesetzten Falle die Präterition und Nullität angenommen werden.

Wenn zuletzt der Prätor den emancipatis und den andern diesen gleich gestellten das Suitätsrecht verschaffte [2]), so war er darin milder

1) daß die Pupillarsubstitutio jedenfalls gültig blieb [3]).

2) daß alle Vermächtnisse zu Gunsten der Descendenten und Ascendenten ferner die legata dotis an die Frau und Schwiegertochter bestanden [4]).

---

1) Oft wird gelehrt das jus accrescendi hätte sonst auch bei den filiis gegolten und allmählig sey für diese die Nullität angenommen worden. Siehe jedoch Schrader ad pr. J. 2. 13.

2) Aber der Testator mußte auch die Enkel speciell enterben.

3) l. 34. §. 2. D. 28. 6.

1) Gajus II. 125. 126. 135—137. Dig. 37. 5.

§. 550.

Inofficiosität [1])

Im Ganzen kann man nicht sagen, daß ein furiosus kein Testament machen könne, sondern er solle dies nur machen in dilucido intervallo: aber eben, wenn er ohne allen Gruud seine nächsten Verwandte nicht beachtete, so nahm das Centumviralgericht an, er habe nicht in dulicido intervallo gehandelt, ein Richtungspunkt, der wenn man nicht Alles auf körperliche Krankheit stellt, ziemlich allgemein vorzuliegen scheint. Allein es war nur ein color, für das arbitrium des Centumviralgerichts [2]), und die ganze Klage auf diesen color wird als ultimum adjutorium bezeichnet [3]). Die Klage heißt querela inofficiosi testamenti, weil eigentlich die Klage selbst eine auf vorhergegangene Rescission beruhende Erbschaftsklage war [4]), und man dadurch den vorgegangenen Präjudicialpunkt berücksichtigen wollte [5]).

Daß übrigens diese Ansicht ein Institut der Billigkeit war, was die Neueren jetzt auch *materielles* Notherbenrecht im Gegensatze zu dem im vorigen §. dargestellten *formellen* stellen, folgt aus derselben Rücksicht, in welcher die Römer überhaupt die Nullität zur Rescission oder Restitution hier rechnen [6]).

Die Geschichte des Instituts ist im übrigen unklar: wenn das Testament nicht injustum nicht irritum und nicht ruptum ist, so war dieser Weg des testamenti impie facti

---

1) *Literatur.* Bethmann-Hollweg in Savigny's Zeitschr. V. Bd. — A. Schneider de judicio centumvirali. Huschke, bei Servius Tullius Cap. XI. Zumpt in Richters Zeitschr. 1839.

2) l. 5. §. 1. D. 5. 2. pr. J. 2. 18.

3) l. 4. Cod. 6. 28.

4) l. 17. pr. D. 5. 2. Mayer S. 207 ff.

5) Mein testamentarisches Erbrecht S. 57. in der Note 2.

6) Mein Buch S. 58.

begründet. Wieweit eine turpis persona ursprünglich der honesta vorgesetzt seyn mußte, ist zweifelhaft. Zuletzt traten an die Stelle allgemeiner Billigkeit gewisse Regeln und zwar folgende:

I. Das Testament kann nur pro parte rescindirt werden [1]); die Pupillarsubstitution, wie die directe Manumission, so wie die Vermächtnisse bestehen blos pro parte [2]): der Sieger braucht von den Legaten und Fideicommissen Nichts zu bezahlen, anßer sein Gegner würde als contumax verurtheilt oder verlöre durch seine Schuld den Prozeß [3]). Die Tutelbestellung kann confirmirt, und die fideicommissorische Manumission aufrecht erhalten werden [4]). Wenn Mehrere die Testamentserben sind, so muß der Prozeß gegen Jeden Einzelnen geführt werden, und wenn mehrere Intestat-Erben vorhanden sind, so succediren diejenigen mit, die nicht querulirt haben, wäre aber von den letzteren Einer eingesetzt, so muß er bei der Testamentssuccession bleiben. Wenn durch Verjährung oder Verzicht Einer wegfällt, so soll der andre Querulant so auftreten können, wie wenn der Erste gar nicht da wäre [5]).

II. Das Testament soll mit der Querel nicht angefochten werden:

a) wenn der Berechtigte durch Annahme eines Vermächtnisses oder durch sonst eine Aeußerung darauf verzichtet hat. Nur dann ist Zweifel, wenn er das Vermächtniß als Erbe eines Legatars angenommen hat [6]). Wenn der Berechtigtigte das nicht annimmt, was conditionis implendae causa ihm zufällt, so gilt der Verzicht nur dann, wenn die

---

1) l. 8. §. 8. l. 19. D. 5. 2.
2) l. 8. §. 5. D. eod. l. 13. Cod. 3. 28.
3) Mühlenbruch XXXV. Bd. S. 377.
4) Mein Buch S. 73. 74.
5) Mühlenbruch XXXV. Bd. S. 393. Accrescenz- und Substitutionsrecht.
6) l. 32. §. 1. D. 5. 2. l. 31. §. 2. D. eod.

Bedingung vor Anstellung der Klage in Erfüllung ging, nicht aber nach Anstellung der Klage [1]).

b) Bei dem Militärtestament und bei dem gemeinen Testament über das peculium castrense vel quasi fällt die Querel weg. Zwar spricht die l. 37. Cod. 3, 28. nur allein vom quasi castrense und Franke will die Ausnahme nur auf das quasi castrense beziehen, allein mit Unrecht [2]).

c) Die Querel verjährt in 5 Jahren vom Antrit der Erbschaft an. Bei den Minderjährigen läuft die Verjährung erst mit ihrer Volljährigkeit und es giebt noch andere aber freilich unbezeichnete magnae et justae causae, aus welchen Restitution gegen die Verjährung bewilligt wird [3]).

d) Endlich findet die Querel nicht statt, wenn der Berechtigte bei seinen Lebzeiten nicht Vorbereitung dazu gemacht hat. Freilich genügt es, daß der Vorsatz zu klagen bestimmt genug ausgesprochen ist [4]). Nur die Kinder des Verstorbenen transmittiren ihre Klage ohne Präparation auf ihre eigene Descendenten, wenn jene nach Antretung der Erbschaft von Seite des institutus sterben, denn die Worte „scilicet post aditam hereditatem“ in l. 39. Cod. 3, 28. scheinen dieses mitzubringen, obgleich Viele diese Worte als ein Glossem ansehen (l. 36. Cod. eod.) wovon mehr in der Transmissionslehre zu handeln ist.

§. 551.

Das Recht seit der Nov. 115.

Daß man zu Justinians Zeit das Recht der Suität oft nicht genau begriff, daß man die feinen Beziehungen der b. p. contra tabulas nicht herausfühlte, daß man die

---

1) l. 8. §. 10. D. 5. 2.
2) Siehe auch Mühlenbruch, ferner Mayer S. 204. Note 3.
3) l. 8. §. 17. D. 5. 2.
4) l. 6. §. 2. l. 7. D. h. t. l. 5. Cod. 3. 28.

Fälle in praxi nicht immer genau untersuchte, daß man die Subsidiarität der Inofficiosität nicht beobachtete, und dasselbe namentlich bei den Enterbungsursachen willkürlich anwendete, läßt sich leicht denken. Der Kaiser selbst hat in der Nov. 115. kein Zeugniß seiner Rechtskenntnisse sich ausgestellt. Er verfügt ohne alle Anschließung an das bestehende Recht: die Verwandten der geraden Linie, die ab intestato geerbt hätten, sollten auf ihren Pflichttheil zu Erben ernannt werden, oder sie sollten unter einer von ihm genau angegebenen Enterbungsursache enterbt werden. Alle andern Anordnungen sollten bei Kräften bleiben. Von den Geschwistern sagt er Nichts, und bezeugt so am beßten, daß er ein neues Institut hinstellen wolle, ohne die älteren aufzuheben.

Ebendeshalb aber giebt es in der Erklärung der Novelle 115. nicht nur von der Glosse her, sondern auch bei den Griechen und bis in die neueste Zeit die verschiedensten Ansichten. Nur im Kurzen werde erwähnt, daß unter den Neuesten Bluntschli[1]) und Franke[2]) das System der Suität und der Inofficiosität für ganz aufgehoben erklären (freilich mit Ausnahme der Geschwister[3])) und weiter gegangen sind, wie alle ihre Vormänner[4]) daß aber schon Donellus den Unterschied der Verhältnisse insoweit beibehält, daß er annimmt

a) die Einsetzung und Enterbung müsse bei den suis postumis und emancipatis nach der alten Form gemacht werden,

---

1) Geschichtliche Darstellung.

2) Notherbenrecht.

3) Ist die Nov. 115. auf die postumi anzuwenden möglich, da der Enterbungsgrund die Hauptsache der Disposition ist? Mein Buch S. 162. Wie steht es mit der rescissio ob errorem? Ist doch sonst im Corpus Juris das System des strictum jus und der bona fides nicht vermischt! u. s. w.

4) Ueber die Geschwister siehe auch noch Unterholzner Verjährungslehre S. 65. 342.

b) die endliche Rechtsfolge aber würde allein nach der Novelle 115. bestimmt, eine Ansicht, welche jetzt auch Mühlenbruch hat. Dem entgegen steht dann die große Zahl derjenigen, welche gewiß die gemeine Meinung bilden, wo das ganze System der Suität mit den Postumis, der bonorum possessio contra tabulas und der Rescission wegen error, erhalten und nur die Enterbungsgründe bei der inofficiosi testamenti querela mit den Ansichten der Nov. 115. verbunden seyn sollen, auch das alte Recht der Geschwister beibehalten wird, und wohin wir rechnen Accursius, Alciatus, Cujacius, Glück, Thibaut, unsre Meinung im größern Werke und die beiden neuesten Schriftsteller Mayer und v. Vangerow. Einzelne Gründe, die in einem Lehrbuche übersichtlich angegeben werden können, sind beiläufig

1) Die Meisten schließen aus der ratio des Gesetzes; allein da die Nov. 115. keine an sich und im Verhältnisse zum alten Rechte angegeben hat, so soll man auch daraus nichts schließen.

2) Alle, namentlich Donellus und Mühlenbruch [1]) geben zu, daß über die Art der Einsetzung der sui et postumi in der Novelle keineswegs verfügt seyn sollte, z. B. wegen der bedingten Einsetzung, wegen der Richtung auf Substitutionen, wobei natürlich auch die Form der Enterbung im Auge gehalten werden mußte.

3) Aber auch in der Form der Enterbung selbst hat der Kaiser in der Novelle nichts geändert, denn nur die verwandtschaftliche Pflicht der geraden Linie — daß die Legate nicht hinreichend seyen und die Bestimmung der Enterbungsursachen hat der Kaiser im Auge, an etwas Anderes gar nicht denkend.

4) In der That läßt sich nicht läugnen, daß man den Sinn und Geist des römischen Testamentserbrechts dadurch verdorben hat, daß man nicht a) das Testamentserbrecht

---

1) Mein Buch S. 156.

mit sui und mit den nächsten Verwandten, b) das Testamentserbrecht und zwar namentlich α) der pagani β) der milites gänzlich unterschieden, und darnach alle Einzelnheiten abgehandelt hat. Man hätte dann leicht schließen können, daß Justinian das alte Testamentsrecht der sui nicht abändern, sondern nur im sogenannten materiellen Notherbrechte einige Veränderungen habe vorbringen wollen, wobei er freilich, da damals das Pflichttheilsrecht statt des arbitrii schon seine Regeln hatte, noch weiter vorging und sagar eine Art von Formrecht vorschrieb.

5) Nur das materielle Notherbenrecht hat der Kaiser im Sinne. Auf das Wörtchen „praeterire“ welches nicht technisch, sondern grammatisch in der Novelle zu nehmen ist, darf kein großer Werth gelegt werden.

6) Will man endlich in dieser schwierigen Lehre Vieles auf die Dogmengeschichte der Lateiner und Griechen bauen, so ist gewiß, daß die letzteren am allerwenigsten entschieden sind[1]), und daß der Streit seit der Glosse hauptsächlich darauf ging, ob die alte querela inofficiosi testamenti noch stattfinde, und welches die Natur des Rechtsmittels aus der Nov. 115. sey — keineswegs darüber, ob die Suität und die b. pio contra tabulas aufgehoben sey[2]). Nur Azo und die Glosse geht etwas Genauer ein. Alciatus und Cujacius stimmen bei, und nur Donellus[3]) und Giphanius[4]) schwanken, aber keineswegs so, um die herrschende Meinung gänzlich anzugreifen.

Die alten und neuen Practiker, d. h. die Compilatoren der Meinungen, wohin wir schon Bartolus, und in dieser

---

1) Mein Buch S. 171 ff.

2) Martinus, Hugo, Albericus, mein Buch S. 124. Bulgarus, Bassianus und Azo S. 125. 129. Hugolinus S 130. Wilhelmus S. 131.

3) Comm. lib. 6. c. 13. und die Ausgabe ed. Lucc. tom. IX. pag. 303.

4) Explanat. Cod. ed. auth. non licet (Col. 1615. tom. II. pag. 69.)

Lehre auch die niederländischen, französischen, spanischen und deutschen Schriftsteller seit dem 17ten Jahrhunderte rechnen, halten doch meistens bei dem alten Systeme der Glosse und des Cujacius, und erst die neueste Zeit hat einige neue Aufregung in die Behandlung der Sache gebracht, die freilich in das äußerste Extrem geführt hat, wovon erst Mühlenbruch im eigentlichen Donell'schen Geiste sich wieder zurückgezogen hat.

§. 552.

Resultat dieser historischen Einleitung.

Nach der hier entwickelten Ansicht besteht fort:

1) Das Recht der sui und postumi, sowohl in der Form der Einsetzung, als der Enterbung nicht nur an sich, sondern auch in den Wirkungen.

2) Das Recht der bonorum possessio contra tabulas, sowohl in der Form der Einsetzung und Enterbung, als in den Wirkungen.

3) Das Recht der Geschwister nach dem alten Inofficiositätssysteme.

4) Das System der querela inoff. testamenti für die Descendenten und Ascendenten ist aber untergegangen, weil hier die Nov. 115. vollkommen eingreift. Die Nov. 115. enthält wohl einige Formen in der Erweiterung der Regeln des alten Inofficiositätsrechts, woraus hervorgeht, daß auf die Lieblosigkeit im früheren Sinne und auf den hier angenommenen Beweis (wovon weiter unten) nichts mehr ankömmt, sondern jetzt Alles nach einzelnen sogar sehr beengenden Gründen ermessen wird. Daher ist auch die Klage aus der Nov. 115. keine querela inoff. testamenti, sondern entweder die Geltendmachung des Intestaterbrechts in den angegebenen Grenzen, an sich eine Annäherung zu der actio suppletoria, und Franke hat darin nicht Unrecht, daß eine Einheit der Maasregeln Justinians auch in diesem Punkte nicht ganz zu verkennen ist.

Aber weiter zu gehen, als Justinian selbst gegangen ist, bleibt dem Interpreten unerlaubt.

Nunmehr folgen die einzelnen geltenden Rücksichten des jetzigen Rechts.

§. 553.

I. Suität in der Einsetzung, Enterbung und in den Wirkungen.

A. Eigentliche sui jam nati. Diese müssen

a) förmlich (rite) eingesetzt werden. Hieraus folgt:

1) Die Einsetzung der sui jam nati in einem Vermächtnisse oder in einem Universalfideicommisse [1]) war von jeher eine unförmliche: dagegen die Einsetzung eines Erben in re certa war von jeher nicht und ist auch seit Justinians Constitution keine unförmliche [2]), sofort

2) Auch die Einsetzung des suus, wenn er nicht geradezu, sondern in der Richtung eines heres in conditione positus gerufen wird, ist keine unförmliche [3]).

3) Die Erbeinsetzung unter einer casuellen Bedingung [4]) ist nur dann nicht unförmlich, wenn der Eingesetzte unter der entgegengesetzten Bedingung speciell enterbt ist [5]). Und dazu muß die Entscheidung der entgegengesetzten Bedingung bei dem Leben des suus sich geoffenbart haben. Wenn nämlich die Bedingung bei dem Tode desselben noch in suspenso ist, so ist die Einsetzung unförmlich [6]). Als der Gedanke aufkam, daß die sui als voluntarii eingesetzt werden können, mußte sich der suus der Potestativbedingung

---

1) l. 27. §. 12. D. 36. 1.

2) Mein Buch S. 190 ff. l. 13. Cod. de hered. instit.

3) Mein Buch S. 193.

4) Ueber cond. in praeteritum vel praesens collatae, mein Buch S. 194.

5) l. 83. D. 35. 1.

6) l. 28. pr. D. 28. 2. Mühlenbruch 36. Bd. S. 378.

lediglich unterwerfen[1]). Eben daraus folgt, daß bei der Einsetzung des suus unter einer Potestativbedingung ohne weiteres eine Substitution gemacht werden kann, ohne daß für den Nichteintrit der Bedingung der suus zu enterben wäre[2]). Ist die Einsetzung unter einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung geschehen, wenn auch die Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung vorgenommen wäre; so fällt, da hier die Einsetzung für eine pura gilt, nach Vielen die Enterbung von selbst weg[3]). Was hier von den suis gesagt ist, gilt jetzt auch von den Töchtern und Enkeln, weil, wenn dies auch im älteren Rechte anders war[4]), Justinian dies doch in der Gleichstellung derselben mit den Söhnen geändert hat[5]).

4) Die Einsetzung muß auch nominatim geschehen, jedoch mit Rücksicht auf dasjenige, was oben von den in conditione positis gesagt ist. Was von der Einsetzung bei den Substitutionen gilt, wird gleich erwähnt werden.

b) Sie müssen förmlich enterbt werden. Also

1) kann auf eine unbedingte Einsetzung eine bedingte Enterbung nicht folgen Auch Enterbungen unter einer Potestativbedingung und einer conditio impossibilis sind ungültig, exheredationes enim nullo modo esse adjuvandas[6]). Wäre in einem und demselben Testamente der filius exheredirt und darauf instituirt, so wird die Exheredatio nicht angeschlagen, und kein Widerspruch gefunden,

---

1) l. 86. i. f. D. 28. 5. l. 13. D. 37. 5.

2) l. 86. i. i. D. 28. 5. l. 4. D. 28. 5. Mühlenbruch XXXVI. S. 369.

3) Mein Buch S. 197. Andere sagen, die conditiones impossibiles enthielten eine Präterition, was gewiß bei der b. p. contra tabulas nicht der Fall ist.

4) Mein Buch S. 197. von der querela die hier stattfand.

5) Franke Notherbenrecht S. 48. Siehe Mühlenbruch XXXVII. S. 215. Siehe v. Vangerow S. 235. Siehe auch v. Buchholz bei Linde XIII. Bd. S. 389.

6) l. 19. D. 28. 2. mein Buch S. 202.

sondern der filius als eingesetzt angenommen [1]). Auch gibt es keine stillschweigende Enterbung durch Beziehung derselben auf eine Bedingung [2]).

2) Die Enterbung muß a tota hereditate geschehen seyn [3]) — nicht auf die Hälfte, nicht durch die Einsetzung eines andern post mortem filii [4]) nicht ab hereditate adita [5]), weil hier überall die Exheredation nicht vollkommen geschehen wäre [6]).

3) Die Enterbung muß nominatim geschehen seyn, d. h. in specieller Beziehung auf das Individuum [7]); beschimpfende Bezeichnungen aber vitiiren die Enterbung nicht.

4) Die Enterbung muß in Beziehung auf alle Substitutionen geschehen seyn. Es braucht zwar nicht gerade jeder Grad besonders bedacht zu seyn, denn es genügt schon nach Pandectenrecht, wenn die Enterbung so aufgestellt ist, daß man sie auf alle Grade beziehen kann, z. B. wenn sie zuletzt geschah [8]). Im Ganzen gielt freilich die Regel: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, d. h. wo er nicht eingesetzt und nicht enterbt ist, non valere [9]). Hieraus folgt, daß, wenn der filius bei dem ersten Grade präterirt ist, dieser Grad nicht gilt, folglich, wenn derselbe bei dem zweiten Grade enterbt ist, der substitutus daran kömmt [10]), ferner, wenn der suus vom ersten Grade exhere-

---

1) l. 21. D. eod. Mühlenbruch gegen Finestres, mein Buch S. 198.

2) Mein Buch S. 199.

3) l. 19. D. 28. 2.

4) l. 13. §. 2. D. eod.

5) l. 3. §. 2. D. eod.

6) Mein Buch S. 200. Unrecht ist es, wenn unsere Practiker alle diese Punkte nicht mehr für Formpunkte ansehen, sondern auf die Denkart des Testators zurückweisen wollen: Auch Franke S. 64. nennt dies Subtilitäten.

7) l. 4. Cod. 6. 28.

8) Mein Buch S. 204.

9) l. 14. §. 1. D. 28, 2. l. 43. §. 2. D. de vulg. et pup. subst.

10) l. 3. §. 6. D. 28. 2. l. 43. §. 2. de subst. cit.

dirt, bei dem zweiten präterirt ist, so kömmt es nicht an den zweiten Grad: sollte aber dieser doch eintreten, so erhält der suus die Erbschaft[1]). Ist der suus im ersten Grade präterirt, im zweiten instituirt, so ist er testamentarischer Erbe[2]). Ueber den Einfluß des Irrthums bei der Enterbung[3]).

§. 554.

B. postumi.

a) Justinian will in der l. 4. Cod. 6, 28., daß die Einsetzung bei den postumis ebenso vorgenommen werde, wie bei den natis. Was aber die Bedingungen und die Substitutionen angeht, so kömmt Alles darauf an, wie die Sache zu der Zeit steht, wo der postumus erscheint.

Wäre er also unter einer Bedingung eingesetzt, und diese ist schon vor seiner agnatio oder quasi agnatio eingetreten, so muß das Testament gültig bleiben[4]). Aehnliches wird sich gleich bei den Substitutionen darstellen.

b) Ist der postumus unter einer Bedingung enterbt, und diese erfüllt, so ist die Enterbung doch nicht geheilt in odium exheredationis[5]). Wären die postumi vom ersten Grad präterirt, vom zweiten aber gehörig enterbt, und zu der Zeit, wo der postumus auf die Welt kömmt, wäre die Erbschaft auf den zweiten Grad bereits deferirt, weil der institutus vor dem Testator starb, so ist die Enterbung gehörig geschehen[6]).

Außerdem aber wird die erste Einsetzung zerstört[7]).

---

1) l. 8. D. 29. 2. l. 4. D. 28. 3.
2) l. 43. §. 2. D. de subst. cit.
3) Mein Buch S. 204 ff.
4) l. 22. 24. D. 28. 2.
5) Mein Buch S. 213.
6) Mühlenbruch Pand. §. 682.
7) Ueber den Fall der exheredatio vom ersten Grade und der praeteritio vom zweiten v. Vangerow S. 239. und mein Buch S. 214.

Wenn der suus praeteritus vor dem Tode des Testators stirbt, so waren die römischen Juristen uneinig, ob das Testament jetzt doch ungültig sey, oder ob der institutus die b. pio secundum tabulas habe[1]). Die l. 12. pr. D. 28. 3. sagt, daß, wenn der institutus ohnedies der nächste Intestaterbe gewesen wäre, ihm die b. pio nicht zu versagen sey: daraus schließt man a contrario, daß wenn er der nächste Intestaterbe nicht sey, sie ihm zu versagen wäre. Gesetzt nun auch, dies ließe sich auf den suus jam natus anwenden, so muß doch bei dem postumus die Sache so angesehen werden, daß hier immer der Instituirte b. pio secundum tabulas erhält: es müßte denn seyn, daß ein suus oder emancipatus exheredirt worden ist, wo die Intestaterbfolge bestehen bleibt. Das Recht der postumi ist nach der angeführten Stelle offenbar durch kaiserliche Rescripte eingeführt, also nach Vielen ein jus singulare[2]). Wenn der suus oder postumus abstinirt, so wird unmittelbar die b. pio secundum tabulas begründet[3]).

§. 555.

C. emancipati.

a) Bei der Einsetzung der emancipati ist einzelnes wegen der bedingten Einsetzung eigenthümlich. Wenn nämlich die Bedingung, auch eine casuelle, beim Leben des Erblassers eintrit, so gibt man schon den suis, wenn sie wollen, b. p.[4]). — Die emancipati müssen solche annehmen, und können

---

1) Gajus II. §. 123. seq.

2) Die l. 2. pr. D. 37. 11. auf das prätorische Recht gehend paßt nicht hieher. Mühlenbruch §. 681. Note 6. Siehe auch pr. J. de exhered. liberor. Ueber den prozessualischen Erfolg der bonorum possessio. Siehe mein Buch S. 220.

3) l. 17. i. f. D. 28. 3. vergl. aber l. 2. Cod. 6. 14. l. 2. pr. D. 37. 11. cit.

4) l. 19. i. f. D. 28. 2.

die b. pio contra tabulas in einem solchen Falle gar nicht suchen [1]).

b) Da Enterbte zur b. pio contra tabulas nicht zugelassen werden, so wird natürlich hinsichtlich der Form verlangt:

1) Die Enterbung von der ganzen hereditas. Die Enterbung von der Hälfte gibt dem Enterbten kein Recht auf die andere Hätfte b. p. secundum tabulas zu suchen [2]).

2) Die unbedingte Enterbung. Und es ist hier keine Abweichung vom jure civili mit Förster und Franke anzunehmen [3]). Wären diese Berechtigten aber bedingt eingesetzt, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu seyn, und die Bedingung trit ein, so haben sie die b. pio secundum tabulas, trit sie nicht ein, die b. p. contra tabulas. Die unmöglichen Bedingungen werden hier wie bei extraneis angesehen.

3) Bei der Enterbung in Hinsicht auf die Substitutionen trit etwas Aehnliches wie bei den postumis ein. Denn die b. p. wird nicht gegen das Testament, sondern gegen den Eingesetzten gerichtet. Hiernach könnte es seyn, daß wenn der in der institutio primi gradus übergangene emancipatus an den secundus gradus käme, weil der erste institutus weggefallen ist, er als hier enterbt verloren wäre: allein der Prätor hat auch hier die b. pio als gegen den erst Eingesetzten begründet angesehen [4]).

Im Uebrigen hat die b. pio contra tabulas ihre eigenen Folgen; denn

a) Pupillarsubstitutionen und die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse werden erhalten [5]).

---

1) Mein Buch S. 232. l. 3. §. 12. 13. D. 37. 4.
2) Mein Buch S. 233.
3) S. 234. 235.
4) l. 8. §. 3. D. 37. 4. Mein Buch S. 235.
5) l. 34. §. 2. D. 28. 1. l. 5. D. 37, 5.

b) Vormundtschaftsernennungen, obgleich darüber in den Quellen Nichts zu finden.

c) Enterbungen, wenn nicht der Enterbte zur Intestatsuccession gelassen wurde [1]).

d) Vermächtnisse für Ascendenten und Descendenten [2]), soferne sie das Testament nicht anfechten [3]), ferner für die Gattin und Schwiegertochter, jedoch nur, sofern das Vermächtniß die dos betrifft [4]).

Wenn der suus b. p. contra tabulas sucht, so braucht er sich an diese Anordnungen nicht zu kehren, und auch nicht der darneben eintretende prätorische Notherbe [5]), wenn er übergangen ist. Wäre der letzte aber eingesetzt, und ein suus erlangt b. p. c. t., so muß der erste wenigstens die exceptae personae befriedigen [6]). Bliebe der suus, ohne sein Civil- und prätorisches Recht zu gebrauchen, so muß natürlich der prätorische Erbe Alles berichtigen.

§. 556.

Das neue Recht aus der Novelle 115.

Hierher gehören:

a) Alle Descendenten, nämlich außer den suis und emancipatis die Töchterkinder in Beziehung auf den mütterlichen Großvater, alle Kinder in Beziehung auf die Mutter und Großmutter, endlich die plene adoptati in Beziehung auf den leiblichen Vater; ja auch die sui und emancipati, wenn sie ihr Civil- und prätorisches Recht nicht ausüben können, z. B. wenn sie nicht unter einer der

---

1) Franke Notherbenrecht S. 141.
2) l. 1. 2. 3. D. 37. 4.
3) l. 3. §. 2. 4. D. de. legat. praest. l. 5. §. 3. l. 18. §. 1. D. eod.
4) l. 1. pr. in f. l. 8. §. 3—6. l. 9. 10. D. eod.
5) l. 15. pr. D. h. t.
6) l. 3. §. 11. D. h. t.

justinianischen Ursachen enterbt sind, oder die angegebene nicht bewiesen werden kann.

b) Alle Ascendenten, und nach unsrer Ansicht auch der pater manumissor.

Bedingungsweise kann ein Enterbungsgrund nicht ausgedrückt werden, weil er zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden seyn muß: allerdings aber ist die Ausschließung des Notherben eine bedingte, wobei jedoch die frühere Lehre von der unbedingten Einsetzung oder Enterbung auf keine Weise modificirt wird. Denn die bedingte Ausschließung bezieht sich lediglich auf den einzelnen Enterbungsgrund, und wird ein andrer, als ein gesetzlicher angeführt, so treten wohl die Folgen der Nov. 115. ein, wenn nicht ein rein casuelles Verhältniß in der Mitte liegt.

Der Notherbe braucht jetzt nicht mehr zu beweisen immerentem se esse praeteritum, sondern er bezieht sich allein auf die Ursachen, die in der Nov. angegeben sind. Thibaut hat behauptet, daß wenn man das Fortbestehen des Suitätsrechts annehme, man auch das Fortbestehen des Inofficiositätsrechts annehmen müsse: allein da der Zweck der Novelle gerade in der Bestimmung der Enterbungsursachen bestand, die natürlich eine besondre Unwürdigkeit und keine andre Bedingung des Notherben enthalten, und da das Ungewisse dadurch gewiß werden soll, so liegt insoweit die Aufhebung des Inofficiositäts-, nicht aber des Suitätsrechts vor. Auf diese Weise gewinnt denn der Notherbe allerdings im Umfange seines Rechts, wenn er auch an der Voraussetzung desselben verloren hat.

§. 557.

Enterbungsursachen der Novelle 115[1]).

A. Ascendenten können ihre Descendenten unter 14

---

1) Glück Pand. VII. Bd. S. 209 ff. Franke Notherbenrecht S. 404. v. Buchholz juriſt. Abhdl. S. 128 ff. Mühlenbruch XXXVII. S. 140. Mein Buch S. 184.

Gründen enterben, wobei natürlich bald das Verhältniß der Söhne bald jenes der Töchter getroffen wird.

I. II. Thätliche, dann gravis et inhonesta injuria. Manches muß hier der Richter in sein arbitrium nehmen, ein Scandal muß hier vorhanden seyn [1]).

III. Verfolgung der Eltern vor Gericht in Criminalsachen — nicht blos accusatio, sondern nach dem späteren Prozeß auch denunciatio, und sofern wenigstens in unsern Tagen auch Töchter also auftreten können, ist kein Grund da, diese causa zu beschränken [2]).

IV. Der Umgang cum maleficis als maleficus — von Mördern oder veneficis ist nicht die Rede, obgleich φαρμακος auch veneficus im Strafrechte des orientalischen Mittelalters heißt [3]). Hiervon können wir keinen Gebrauch mehr machen [4]).

V. Versuch der Nachstellung nach dem Leben der Eltern.

VI. Ein unerlaubter Geschlechtsumgang zwischen dem Sohne und dessen Stiefmutter, sowie mit der Beischläferin des Vaters [5]).

VII. Die römische Delation, die den Eltern großen Schaden bringt.

VIII. Die Weigerung des Sohns, den Vater aus der Schuldgefangenschaft durch Bürgschaft zu befreien — ein offenbarer Scandal.

IX. Ein Versuch, die Ascendenten an der Errichtung eines Testaments — wohl überhaupt an der Perfection irgend eines letzten Willens direct oder indirect vi vel fraude zu hindern [6]).

---

1) Künstlicher: Buchholz S. 129. Note 5.
2) Wegen der Töchter anders bei den Römern.
3) φαρμακος ist der qui daemonas in noxiam invocat. Zachariä prochiron pag. 237.
4) Mein Buch S. 185.
5) Davon weiter unten.
6) Von der Interpretation weiter unten.

X. Eintreten des Sohnes unter die Armarien, Thierkämpfer und Mimen ist nicht anwendbar, und irgend ein Verhältniß unseres Lebens läßt sich nicht substituiren.

XI. Geschlechtsliederlichkeit der Tochter. Die Nebenvorschriften (ob die großjährige Tochter eine Heirath versäumt oder nicht) sowie der Unterschied zwischen einer minderjährigen und großjährigen Tochter können schwerlich mehr angewendet werden.

XII. Vernachlässigung wahnsinniger Ascendenten [1]).

XIII. Die Unterlassuug des wenigstens 18jährigen Descendenten, seinen Ascendenten aus der feindlichen Gefangenschaft zu befreien.

XIV. Abfall vom katholischen Glauben. Ist aus der politischen Richtung Justinians bemessen und paßt nicht auf die drei christlichen Religionspartheien in Deutschland.

Die acht Gründe, welche die Descendenten bei der Enterbung ihrer Ascendenten rechtfertigen, sind im Ganzen mit den vorigen einstimmend, namentlich sind 3. 4. 6. 9. 12. 13. 14. rein aus dem Correlatverhältniß angewendet, Nr. 5. liegt in Nr. 2. Dagegen ist neu, daß ein Kind den Ascendenten enterben kann, wenn dieser seinen Ehegatten durch Gift Leben oder Verstand zu nehmen sucht.

Eine allgemeine Regel aus diesen Momenten zu ziehen, wie v. Buchholz S. 143. that, ist unrichtig; aber von einem einzelnen Falle die Anwendung der dringendsten Aehnlichkeit zu machen, z. B. die Unzucht des Sohns mit der leiblichen Mutter, das eigene Ansuchen des Sohns gegen den Vater auf Wechselarrest, ist nicht unerlaubt; dagegen alle nur etwas entfernte Aehnlichkeiten, z. B. die Vernachlässigung todtkranker Ascendenten, die Verleitung des Vaters ein ungültiges Testament zu machen, gehören nicht hierher, weil sonst der ganze Zweck des Gesetzes, al-

---

1) Ob Todtkranker, davon unten.

les in die Bestimmtheit der Ursachen zu führen, vereitelt würde.

Der eine Ascendent darf dasjenige, was den andern angeht, nicht zum Grunde der Enterbung nehmen, und der Descendent nur in dem einen oben erwähnten Falle. Das Testament steht, wie es gemacht ist, und eine allmählige Ausgleichung oder Aussöhnung geht nur, soweit sie wirkt, und hebt keineswegs stillschweigend das Testament auf [1]).

§. 558.

Natur des Rechtsmittels aus der Novelle 115.

Der Hauptstreit von Zeit der Glosse her ging nicht direct darauf: was Justinian am alten Rechte abgeändert habe, als darauf, was das Rechtsmittel aus der Novelle 115. sey. Das letzte hätte aber aus dem ersten folgen müssen. Die Einen sagten, das Rechtsmittel der Nov. 115. mache die Erbeinsetzung null, die Andern sagten, das Rechtsmittel trete an die Stelle der Inofficiosität, die Dritten erklärten, beides sey wahr, sey nämlich kein Enterbungsgrund angeführt, so sey die Erbeinsetzung null, sey einer angeführt, so sey das Testament inofficios, wenn derselbe nicht wahr wäre. Der große Fehler dabei war der, a) die Nullität des alten Rechts und der Novelle 115. zu verwechseln, b) nicht zu unterscheiden, daß, wenn auch die Nov. 115. an die Stelle des Inofficiositätsrechts getreten ist, und dasjenige erreichen sollte, was das Inofficiositätsrecht bewirkte, doch die Wirkung eine andere seyn kann, als in der Voraussetzung liegt.

Daher geschah es denn auch, daß bei der Einreihung der Schriftsteller in das Nullitäts-, Inofficiositätsrecht und gemischte System die größten Willkürlichkeiten verübt wurden, und keiner mit der Stellung zufrie-

---

1) Mühlenbruch XXXVII. S. 185 ff.

den seyn wird, welche ein Andrer ihm angewiesen hat. Eben deshalb kommen wir auch darauf mit den Meisten gar nicht zurücke.

In der That halten wir für wahr:

1) Daß das Inofficiositätssystem für Descendenten und Ascendenten wegfällt, wenn auch die Nov. 115. den Zweck dieser Einrichtung hat [1]).

2) Daß das alte Nullitätssystem ganz in seiner alten Ordnung bleibt, und zwar sowohl das civilrechtliche als das prätorische, sowie das Recht der Inofficiosität bei Geschwistern.

3) Daß die Novelle 115. in ihrem Kreise eine Nullität der Erbeinsetzung bewirkt, und die Intestaterbfolge in eben dem Systeme aufschließt, in welchem sie damals durch das neuerfundene Codicillprincip, d. h. mit Erhaltung der Pupillarsubstitutionen, Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen und Vormundschaftsbestellungen bekannt war.

Es giebt also jetzt a) die alte Nullität, b) die p. pio contra tabulas, wie sie angeführt wurde, c) das Rechtsmittel aus der Nov. 115., d) die Inofficiosität für Geschwister.

A. Das Suitätsrecht ad a. kann durch Verzicht nicht aufgegeben werden, weil es zu der Testamentsform gehört, und weil ein Formfehler auch durch einen eidlichen Verzicht nicht geheilt wird [2]) — und zwar so wenig, wenn der Verzicht vor als nach angefallener Erbschaft geschieht.

B. Bei der b. pio contra tabulas wirkt der Verzicht allerdings, weil es ein prozessualisches Rechtsmittel ist.

C. Bei der querela inoff. testam. konnte man zwar vor der hereditatis delatio nicht verzichten, wohl aber nach

---

1) Mühlenbruch stellt uns mit Unrecht zu den Vertheidigern des Inofficiositätssystems.

2) Auch nicht jure canonico.

derselben [1]) das canonische Recht aber läßt auch den ersten Verzicht zu, wenn er eidlich bekräftigt ist [2]).

D. Ganz dasselbe muß bei der Nov. 115. angenommen werden, weil dieses Gesetz nicht von dem formellen, sondern nur von dem materiellen Notherbenrecht handelt.

§. 559.

Ueber den Pflichttheil.

Nicht ein aus der Inofficiosi:ätsquerel unmittelbar hervorgehendes Institut, als vielmehr ein Mittel, den Inofficiosität sprozeß abzuwenden, war der Pflichttheil, d. h. die Anwendung der lex Falcidia oder die Ueberlassung des vierten Theiles der Hinterlassenschaft. Vorausgesetzt wurde freilich immer, daß der Betheiligte entweder nicht enterbt werden sollte, oder nicht rechtlich enterbt war. Auch unterschied man den Fall, wenn ein Irrthum obgewaltet hatte, so, daß die einzusetzende Person für todt gehalten wurde, wo man auch zuließ, daß das entgegenstehende Testament rescindirt werde, was man wohl als eine Seitenrichtung der Inofficiosität darstellen konnte.

Gewiß ist aber jedenfalls, daß der Pflichttheil insoweit erhalten ist, daß die Einsetzung zum Erben auf den Pflichttheil jede Beschwerde vereitelt. Die Einsetzung auf den Pflichttheil in einem Vermächtnisse aber ist für den suus ein Nullitätsgrund, für den emancipatus ein Grund zur b. pio contra tabulas, für andere Berechtigte ein Grund der Nullität der Erbeinsetzung nach der Nov. 115. Es handelt sich jetzt von den Berechtigten im Allgemeinen, von der Größe und von der Berechnung des Pflichttheils, sowie von den Mitteln zur Ergänzung desselben.

---

1) l. 35. §. 1. Cod. 3. 28. l. 5. pr. D. 34. 9.
2) c. 2. in VIo 1. 18.

§. 560.

Berechtigte.

Auf den Pflichtthtil können im Allgemeinen nur diejenigen Anspruch machen, welche auch in concreto das nächste Intestaterbrecht haben, so daß die Berechtigung in abstracto selbst dann nicht zureicht, wenn ein Anderer zum Pflichttheil nicht Berechtigter ab intestato dem Pflichttheilsberechtigten vorgeht. Ursprünglich war eine besondere Voraussetzung auf die persona turpis angenommen; was aber jetzt bei Descendenten und Ascendenten nicht eintrit, wohl aber bei Geschwistern, die aber keineswegs ausgeschlossen werden, wenn sie ein gleiches Recht zur Intestatsuccession mit den Ascendenten haben, soferne nur wirklich eine persona turpis vorgezogen ist [1].

Was nun I. die Descendenten betrifft, so sind nicht nur die agnatischen, sondern auch die cognatischen gemeint (nur nicht die naturales oder Concubinenkinder) — auch die legitimirten. Selbst die unehelichen Verwandten haben es in Beziehung auf die mütterlichen Verwandten, ferner die adoptati in Beziehung auf die Adoptivmutter und auf die leiblichen Verwandten und dasselbe muß von dem plene adoptatus selbst in Beziehung auf den leiblichen Vater angenommen werden, wie von uns mehrfach gegen Andere ausgeführt ist [2]. Der minus plene adoptatus aber hat kein Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater.

---

1) Das Intestaterbrecht ist wohl nicht die Grundlage des Pflichttheilsrechts und wird hier auch nicht zur Regel genommen, sondern das Pflichttheilsrecht steht ganz allein, und nur unter jener allgemeinen Bedingung der Successionsfähigkeit ab intestato. Mühlenbruch XXXV. S. 232.

2) Erbrecht I. S. 397. testamentarisches Erbrecht S. 471. S. 81. 83. Aber das Suitätsrecht findet natürlich gegen den leiblichen Vater nicht statt, sondern nur das Recht aus der Nov. 115. — Ueber die Controverse selbst in einer besondern Abhandlung. Namentlich meint Büchel im zweiten Bande seiner Ab-

II. Die Ascendenten. Auch der Adoptivvater bei der adoptio plena hat mit dem leiblichen Vater Pflichttheilsrechte so gut wie mit der Mutter, und es geht dies auch daraus hervor, daß schon vor der Nov. 118.[1]) der leibliche Vater Pflichttheilsrechte hatte.

III. Die Geschwister, aber nur die germani und consanguinei, jedoch blos, wenn diesen eine persona turpis vorgezogen ist. Andere nach dem neusten Intestatgesetze können ihnen nicht gleichgesetzt werden, weil nicht das Intestatgesetz über das Pflichttheilsrecht entscheidet, sondern nur die Natur einer gewissen Verwandtschaft wie bei den plene adoptatis. Davon mehr weiter unten.

§. 561.

Größe und Berechnung des Pflichttheils.

Justinian verordnet in der Nov. 18. c. 1., daß, wenn die Intestatportion ¼ oder mehr vom Vermögen betrage,

---

handlungen, daß dann der minus plene adoptatus gleichsam mit dem plene adoptatus in Beziehung auf den leiblichen Vater Eines wäre. Allein in Wahrheit steht die Sache so: a) der plene adoptatus hat das Suitätsrecht zum adoptator und das Intestat- und Pflichttheilsrecht zum naturalis, aber das Pflichttheilsrecht ist noch kein Suitätsrecht. b) Der minus plene adoptatus hat die Suitätsrechte zum naturalis, und Intestat- aber nicht Pflichtsrecht zum adoptator. Im Sinne von Büchel wäre es freilich gewesen, wenn Justinian den plene adoptatis ihr Recht zum leiblichen Vater wie bei den minus plene adoptatis erhalten hätte: allein er wollte den ersten das Recht der Suität zum leiblichen Vater nehmen, und ihnen nur die Cognation lassen, die er freilich später, d. h. durch die Nov. 118. als wahren Erbgrund herstellte, während die minus plene adoptati wohl die Cognation (gleichwohl ohne Pflichttheilsrecht) zum Adoptivvater haben, dagegen die Suität zum leiblichen Vater. Dies war der Gang der Dinge — eine Fiction nur nicht so natürlich wie bei der Anastasischen Verordnung.

1) l. 30. cod. de inoff. test. Eben deshalb sieht man, daß jetzt mehr Reciprocität nach unserer Meinung ad I. da ist, wie früher.

der Berechtigte 1/3 von dieser Intestatportion haben solle, wenn sie aber 1/3 oder weniger betrage, die Hälfte davon. Deßhalb sind alle Intestaterben zuzählen, nicht nur ut partem faciant ad minuendam legitimam, sondern auch ut numerum faciant ad augendam legitimam. Z. B. wenn 2 parentes und die Kinder zweier vorverstorbener Geschwister da sind und das Vermögen 40,000 fl. macht, so ist der Pflichttheil eines parens 3333 fl. 20 kr. Ferner, wenn 2 parentes, 2 Brüder und die Kinder zweier vorverstorbener Kinder da sind, und das Vermögen 40,000 fl. macht, so ist der Pflichttheil für einen parens 3333 fl. 20 kr. Nach diesen Grundsätzen werden auch die rechtlich Enterbten in Anschlag gebracht, ja selbst die Renuncianten, denn die l. 17. D. 5. 2. redet nicht von unserm Falle, sondern davon, daß, wo zwei enterbte Kinder da sind, das eine Kind, soferne das andere nicht klagt, auf das Ganze das jus accrescendi hat. Nach römischem Rechte aber im Gegensatze des hieher nicht zu beziehenden deutschen [1]) — vernichtet die Renunciation das Erbrecht nicht, sondern giebt nur eine exceptio ex pacto, die dem Dritten weder schadet noch nützt. Der arrogirte Unmündige und die arme Wittwe werden auch mitgezählt.

Oft hat man behauptet, Justinians Nov. 18. gehe nicht auf Ascendenten und Geschwister, die vielmehr mit der quarta zufrieden seyn müßten. Aber einmal spricht die Novelle von denen, qui de inofficioso queri possunt [2]), sodann will Marezoll, da die Geschwister nach seiner Meinung nicht in Betracht kommen, auch die Ascendenten loszählen [3]); aber in der Nov. 89. c. 12. §. 3. heißt es doch lex et nos, wo unter dem letztern die 3 Jahre vorher erlassene Novelle verstanden ist, und endlich bezeugt auch

---

1) v. Vangerow S. 266.

2) Mein Buch S. 86 ff.

3) Freilich bezieht er sich auf Julian's Auszug const. 34,

Heimbach in der Gießener Zeitschrift [1]) nach dem Athanasius Scholasticus die gemeine Meinung.

Succediren nur Enkel oder concurriren mit Söhnen oder Töchtern Enkel, so ist zu bemerken, daß nach der einen Meinung der Enkel die Hälfte seiner Intestatportion nur ansprechen mag, wenn entweder nach der Größe der Grundfrage (d. i. der Stammsportion) oder nach der Größe seiner Kopftheile dieselbe ihm gebührt, während nach der andern Meinung es möglich ist, daß der Enkel, der weniger zieht, als den vierten Theil der Hinterlassenschaft, immer die Hälfte ansprechen kann [2]).

Bei der Berechnung des Pflichttheils ist der Todestag des Erblassers der Anhaltspunkt. Sodann wird in den Pflichttheil ~~nicht~~ eingerechnet:

a) Alles, was dem Berechtigten mortis causa zufällt, jedoch aus dem Vermögen des Erblassers [3]). Also nicht das, was er inter vivos erhält [4]). Einige Schwierigkeit macht die l. 36. pr. C. 3. 28. [5]).

b) nach einer neuen Verordnung wird die dos und die donatio propter nuptias eingerechnet [6]), die donatio simplex aber kann nur dann eingerechnet werden, wenn die Einrechnung bei der donatio speciell bedungen ist [7]). Zwar ist in der l. 20. Cod. 6, 20. der Satz aufgestellt, daß, was in den Pflichttheil gehöre, zu conferiren sey — also die donatio dann, wenn Jemand dotem einzurechnen habe. Allein in der That bildet nur dasjenige, was in den Pflicht-

---

1) XIII. Bd. S. 397.

2) Die erste Ansicht hat Mühlenbruch XXXV. S. 272. Die andere Ansicht ist die gemeine v. Schöman Handb. II. S. 75. Wening §. 490.

3) l. 8. §. 6. D. 5. 2. l. 8. pr. Cod. 3. 28.

4) Siehe jedoch Franke S. 235. Mühlenbruch XXXV. S. 301 ff.

5) Siehe Franke S. 318. Mühlenbruch XXXV. S. 270. v. Wangerow S. 270.

6) l. 29. Cod. 3. 28.

7) l. 35. §. 2. Cod. eod.

theil gehört, die Grundlage der Collation, und darneben ist noch besonders bestimmt, daß jedenfalls auch eine donatio simplex conferirt werden müsse, wenn ein dos oder donatio propter nuptias in Anrechnung komme. Dieses letztre aber bezieht sich keineswegs auf das Pflichttheilsrecht.

§. 562.

Von der querela inoff. testamenti in der jetzigen Anwendung und von der actio suppletoria.

Die querela inoff. test. ist von jeher eine subsidiäre Klage, d. h. sie infirmirt nicht unmittelbar, sondern nur rescissa causa [1]), ohne gerade deshalb ein praejudicium zu seyn, weil gerade Alles auf den Erfolg ankam, sondern sie findet auch nur statt, wenn man auf directem Wege sich nicht helfen konnte. Sie war prozessualisch nicht blos arbitraria an sich, sondern auch deshalb, weil auch hier Alles auf den Erfolg ankam, in welchem die Sätze des juris civilis nicht entschieden, sondern die Rescission nur theilweise eintrat [2]). Vielleicht erhielt hier die querela inofficiosi testamenti eine Ausdehnung auf Fälle des Irrthums, wornach sie in dieser Richtung auch heutzutage noch zu gebrauchen ist, dergestalt, daß bei förmlicher Erwähnung des Betheiligten, z. B. weil der Sohn todt sey oder verschollen sey, dennoch die Querel auf die Vernichtung des ganzen Testaments, soweit der rückkehrende Sohn der einzige Erbe ist, angestellt werden kann [3]). Am richtigsten ist freilich diese Querel dann anwendbar bei der Beziehung des Kindes zum Testamente der Mutter [4]).

---

1) Mein Buch S. 64 ff. Die Restitution beginnt also nicht mit der Sentenz, sondern wird vordatirt, wie wenn sie gar nicht nöthig gewesen wäre, daher rescissio ipso jure. Mein Buch S. 65. Franke S. 301. Mühlenbruch XXXV. S. 363. in der Note.

2) l. 19. D. 5. 2. Franke S. 269.

3) l. 27. §. 4. D. 5. 2. l. 28. D. eod. l. 92. D. 28. 5.

4) Mühlenbruch XXXV. S. 383 ff. Blos die österrei-

Im Uebrigen ist Folgendes noch anzuführen:

1) Die Querel setzt die Nachweisung der Intestaterbschaft als Legitimation gleichsam voraus[1]), und hat eine eigene Art des Uebergangs, indem, da sie jetzt nur bei Geschwistern anwendbar ist, dieselbe nur übergeht, wenn der Berechtigte sich bereits bei seinem Leben präparirt hat[2]).

2) Auch nur bei den Geschwistern ist ein besonderer Beweis nöthig, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum, was nicht nur in dieser Richtung, sondern speciell in dem Vorzuge einer turpis persona dargethan werden muß[3]). Dieser Beweis ist um so mehr nöthig, als gerade dadurch die Relation zu dem eingesetzten Erben oder etwa zu dem Universalfideicommissar desselben dargethan werden muß[4]).

3) Der Querulant darf nie mehr als seinen Intestaterbtheil fodern, und das Geschwister nur so viel, als die turpis persona hat. Ganz ausstoßen kann also das Geschwister nur durch das Accrescenzrecht, wovon gleich die Rede seyn wird[5]). Natürlich bleibt die Einsetzung der persona honesta vollkommen gültig[6]). Dabei accrescirt natürlich die Portion des Intestaterben, der kein Pflichttheilsberechtigter ist, keineswegs dem klagenden Pflichttheilsberechtigten, jedoch ist sicher, daß durch die Rescission nicht die übrigen Intestaterben gerufen werden, sondern die übrigen Testamentsbetheiligten verbleiben. Noch weniger kann der-

---

chische Gesetzgebung faßt bei der reinen Beschränkung der Betheiligten auf den Pflichttheil den Punkt irrthümlichen Übergehens besonders auf. Mein Buch S. 69.

1) l. 8. pr. D. 5, 2.

2) v. Vangerow S. 273.

3) Mühlenbruch XXXVII. S. 123 ff. wegen der persona turpis. Mein Buch S. 75. namentlich ihres Gegenbeweises.

4) l. 8. §. 10. D. h. t. l. 1, 10. Cod. h. t. Auch gegen den den heres ausschließenden fiscus.

5) l. 19. D. h. t.

6) l. 24. D. h. t, l. 27. Cod. h. t.

jenige eintreten, der nur auf seinen Pflichttheil eingesetzt, oder gar rechtsgültig enterbt ist [1]).

4) Daraus ergibt sich denn von selbst, welchen Bestand es mit den übrigen Anordnungen des Testaments hat. Pupillarsubstitutionen, directe Manumissionen und Tutelen bleiben gültig: aber soweit sonst das Testament durch die Querel aufgehoben wird, fallen die Vermächtnisse und andern Dispositionen weg und selbst gezahlte Vermächtnisse können zurückgefordert werden [2]). Auch die Codicillarclausel hilft zur gänzlichen Erhaltung der Vermächtnisse Nichts [3]).

5) Hinsichtlich des Accrescenzrechts und des Successionsrechts ist

a) bei dem letztern zu bemerken, daß hier lediglich das Rechtsmittel aus der Nov. 115. eintrit, folglich das reine Intestatsuccessionsprincip entscheidet, auch ein successio graduum stattfindet [4]). Wenn der eine Theil seinen Pflichttheil hat, so kann natürlich wegen dessen übrigen Intestattheils keine successio in querelam stattfinden. Wie der Betheiligte wegfällt, in dessen Recht man succediren will, ist gleichgültig. (nolit aut non possit) [5]).

b) Bei dem Accrescenzrechte fragt es sich noch, ob der Wegfallende ein Recht wirklich hatte. Also Verzicht, Verjährung oder Tod müssen hier die Gründe des Wegfallenden seyn, und das nolit aut non possit hat hierher keine Anwendung [6]).

---

1) Die Vertheidigung der gemeinen Lehre gegen Huschke, siehe bei Vangerow I. S. 277.

2) l. 8. §. 16. l. 13. 28. D. h. t. l. 36. D. 32.

3) l. 13. D. h. t. wegen der Rescission ob errorem, mein Buch S. 73.

4) Die l. 34. Cod. h. t. muß entweder so erklärt werden, daß damals die liberi keine successio graduum hatten, was schwer geschehen kann, oder daß sonst ein casus singularis da war. von Vangerow S. 285. Mein Buch S. 77.

5) l. 31. pr. D. h. t.

6) v. Vangerow S. 282. Franke S. 257. 270. 298. Mühlenbruch XXXV. S. 393.

Die Frage, ob die Succession oder das Accrescenzrecht in die Querel bei einer möglichen Concurrenz den Vorzug habe, ist lediglich nach den Grundsätzen zu bestimmen, die in einem solchen Falle das Intestaterbrecht an die Hand giebt, und von welchen schon oben geredet wurde.

6) Der Pflichttheil muß vollständig, unbedingt, unbelegt, ohne Abzüge und Lasten und ohne beschwerende Accessionen jeder Art hinterlassen seyn. Namentlich konnte derselbe nicht auf bloße Früchte gestellt seyn [1]), auch kann der Pflichttheil nicht als Fideicommiß angewiesen werden, und noch weniger konnte auf den Pflichttheil selbst ein Fideicommiß gelegt werden. Die sogenannte Socinische Cautel beruht lediglich darauf, daß eine ausdrückliche Erklärung erfolge, die Einsetzung sey so gemeint, daß, wenn der Eingesetzte dasjenige, was auf seine Erbportion gelegt sey, nicht erfüllen wolle, er auf seinen reinen Pflichttheil eingesetzt sey. Diese Cautel ist insoferne von Bedeutung als durch die Repudiation oder Abstinenz die Querel dann nicht eröffnet wird; allein auch ohne solche ausdrückliche Erklärung muß die Querel, wenn der Wille des Testators einzusehen, verweigert werden, weil ja der Pflichttheil quoquo modo hinterlassen werden kann, und so ist wenigstens nach dem Rechte vor der Nov. 115. der Gedanke des Marianus Socinus ein überflüssiger. Seit der Nov. 115. aber ist die Cautel nicht unräthlich, doch wir glauben, daß auch ohne sie die Repudiation in fraudem keine Wirkung haben kann [2]).

---

1) Mühlenbruch S. 325.

2) Eine falsche Ansicht wegen der Bedingungen hatte Socinus vor Augen. Koch von der Socinischen Cautel. Giessen 1786.

§. 563.

Von der suppletorischen Querel insbesondre.

Durch Justinians berühmte l. 30. Cod. h. t., die auch zu weit ausgedehnt wurde, ist der Gedanke aufgekommen:

a) daß, wenn der Pflichttheil nicht äußerlich groß genug hinterlassen sey, derselbe ergänzt werden müsse, also die Repudiation dann nicht eintreten könne, folglich auch nicht die Klage aus der Nov. 115. stattfinde [1]). Die Klage auf Ergänzung ist eine actio personalis bonae fidei, und nicht wie Viele sagen, wegen der Richtung auf das strictum jus eine condictio ex lege [2]).

b) Daß Bedingungen und Lasten ohne weiters wegfallen [3]): und zwar ope exceptionis gerade so, als wenn sie nicht geschrieben wären. Mit Unrecht hat man schließen wollen, bedingte Einsetzungen und Enterbungen seyen jetzt, keine Präterition [4]), denn es ist nur gesagt, daß wenn ein Pflichttheil gehörig hinterlassen sey, z. B. als Erbtheil nach der Nov. 115. die Bedingungen weggeschafft werden könnten, damit auf solche Art der nächste Zweck am leichtesten erreicht werde: dagegen wenn die Einsetzung nicht sowohl auf die Hinterlassung des Pflichttheils geht, als rein in die Bedingung gesetzt ist, so fällt Alles zusammen. Weil nun in facto allerdings hier ein Streit seyn könnte, obgleich von seltener Art, so mag man in dieser Gestalt die Vorsicht des Socinus annehmen, daß, wenn Jemand den Pflichttheil mit einer Bedingung hinterläßt,

---

1) de Schleiniz de actione, qua ad legitimam suppl. agitur. Goett. 1819. §. 24.

2) Sie ist auch nicht temporalis oder vindictam spirans wie die Klage ex inoff. testam.

3) l. 32. Cod. eod.

4) Darauf dachte schon der in der Endnote des vorigen §. angeführte Socinus, und Franke legt allen Werth darauf.

die Clausel angehängt wird, daß wenn der Erbe Anstand mache, er rein auf den Pflichttheil eingesetzt seyn solle [1]).

§. 564.

Actio Calvisiana et Faviana.

Wenn der libertus während seines Lebens zum Nachtheil des Pflichttheilberechtigten Patrons gehandelt hat [2]), so kam es zunächst darauf an, ob Jener ab intestato oder mit einem Testamente verstorben ist. Im ersten Falle wird das nachtheilige Geschäft mit der actio Calvisiana angefochten, im anderen Falle bedient sich der Patron, der sich auf die b. pio contra tabulas stützt, der actio Faviana. Dieses Verhältniß ist schon von den Römern dem arrogirten Unmündigen gegeben worden [3]). Was nun die andern Pflichttheilsberechtigten angeht, so sind für diese die gedachten Klagen nicht anzuwenden, denn der Kaiser hat für diese offenbar nur bei lucrativen Geschäften constituirt, (der folgende §.) keineswegs bei onerosen, wie in unserm Falle wo nicht par ratio zwischen dem listigen libertus zum Patrone, wo vielmehr pietas und reverentia obwaltet, und ein Vertrauensverhältniß zwischen dem Testator und andern Pflichttheilsberechtigten besteht. In der That gilt etwas Aehnliches nur bei der dos, wo die Inofficiositätsquerel eintrit, ein klares Zeichen, daß die Sache nicht weiter geht [4]).

§. 565.

Querela inofficiosae donationis et dotis.

I. Von der querela inoff. donationis. Es ist hier Vieles streitig

---

1) Strafe des Erben, der den Pflichttheil nicht gehörig bezahlt. l. 33. pr. Cod. h. t. Marezoll in seiner Zeitschr. III. Bd. S. 362 ff.

2) Er hat eigentlich b. pionem contra tabulas.

3) l. 13. D. 38. 5.

4) l. un. Cod. 3. 30. Glück VII. Bd. S. 181.

1) ob diese Querel eine Analogie zur querela inoff. testamenti oder zur actio suppletoria enthalte [1]). Die letzte Ansicht, wornach also nur die Ergänzung des Pflichttheils verlangt wird, liegt schon im Begriffe der persönlichen Klage wegen der Foderung einer gewissen Quantität, und schon Bulgarus und Azo haben deshalb auf die l. 2. und 7. Cod. 3. 29. und auf die Nov. 92. c. 1. pr. verwiesen, wornach bei der Begünstigung des Einen von mehreren Kindern blos auf die Ergänzung des Pflichttheils soll geklagt werden können [2]), freilich wird nicht selten auf die querela inoff. test. als Vorbild zurückgewiesen [3]); allein im Ganzen wird hier nur der gleiche Zweck beider Rechtsmittel, nicht aber die specielle Intention ausgesprochen [4]). Nach unsrer Ansicht würde dann auch folgen, daß, wenn mehrere Schenkungen gemacht sind, nur diejenige Schenkung angefochten werden kann, mit welcher die relative Verletzung des Pflichttheils anfängt. Wenn daher Jemand ein Vermögen von 8000 Fl. hat, und 5000 Fl. verschenkt, weil er eben einen reinen Gewinn von 1000 Fl. einzuziehen hat, so kann man sagen, er habe nur 4000 Fl. verschenkt. Freilich muß gerade unter solcher Conditio die Verschenkung selbst geschehen, denn erschienen die später erworbenen 1000 Fl. nur als demonstratio, so hätte der Schenker in der That mehr als die Hälfte verschenkt.

2) Einige Rechtslehrer fodern nach der Analogie der actio Pauliana und auf ein paar Stellen sich stützend [5]), daß der Schenker den Pflichttheilsberechtigten habe hintergehen wollen, aber die Stellen sind nur Rescripte, welche

---

1) Mein Buch S. 103 ff.

2) Haenel dissenssion. dom. pag. 38. 382.

3) l. 87. §. 3. D. 31.

4) Freilich ist die l. ult. Cod. h. t. etwas schwierig; allein man muß statt in omnibus blos omnibus lesen. Mit l. 8. pr. D. h. t. und mit l. un. Cod. de inoff. dot. ist nichts zu machen.

5) Mein Buch S. 107.

die entgegengesetzte Ansicht nicht ausschließen wollen. Uns scheint daher, daß man bloß den objectiven Standpunkt des Pflichttheils erhalten und keine Strafe für das dolose Benehmen habe festsetzen wollen[1]).

3) Was die Berechnung angeht, so läßt sich im Principe ein allgemeiner Standpunkt nicht auffinden, auch nicht annehmen, daß nach dem Standpunkt der Schenkung das später Erworbene zum ganzen Vermögen gerechnet werden müsse, sondern der Richter hat zu ermessen, wie der Schenker zur Zeit der Schenkung gegen das Vermögen am Todestage stand, und ob er sein Vermögen auf eine glückliche Art wieder ergänzen konnte, so daß weder der Moment der Schenkung allein entscheidet, noch allein der Moment des Todes; wobei es denn freilich in zweifelhaften Punkten nicht unentsprechend seyn wird, auf die Absicht des Schenkers adminiculirende Rücksicht zu nehmen.

4) Wenn der Schenker selbst die Schenkung anfechten kann[2]), sofern er nach der Schenkung Kinder bekömmt, so geschieht es in der Art, daß der Schenker gleichsam in der Kinder Namen den Pflichttheil fodert. Viele nennen diese Klage eine condictio ex lege[3]), allein man muß dann darunter nichts anders verstehen, als eine actio bonae fidei in dem weitern Sinne der Condictionen der späteren Zeit. In der That ist es ein jus singulare[4]).

II. Von der querela inoff. dotis. Soferne der Erblasser durch Bestellung einer dos seinen Pflichttheilsberechtigten ihren Pflichttheil entzieht, wird so ziemlich nach den

---

1) Diese Ansicht haben auch die neueren Gesetzgebungen. Code civ. Art. 920. Preuß. Recht Thl. 1. Tit. 11. §. 1113.

2) l. 5. Cod. 3. 29.

3) Mühlenbruch XXXVI. S. 56. v. Vangerow S. 292.

4) Andrer Meinung ist Donellus comm. XIX, 11. §. 21. nach Bucher (vol. XII.)

erwähnten Grundsätzen eine Klage gegeben und resp. angewendet [1]).

§. 566.

Recht der Geschwister.

Was das Inofficiositätsrecht der Geschwister angeht, so ist in der neuesten Zeit behauptet worden, sie hätten eigentlich kein Pflichttheilsrecht, sondern nur ein jus eripiendi id, quod personae turpi relictum est [2]). Doch schon Andre hatten früher dieses behauptet und die Gründe dieser Gegner sind nicht schwer zu wiederlegen. Wenn nämlich

a) gesagt wird, den Geschwistern werde ein jus legitimae nicht zugeschrieben, so ist zu bemerken, daß niemals in unsern Quellen von dem abstracten Rechte, sondern nur von den practischen Folgen also hier von der querela inofficiosi gesprochen wird, was auch bei den andern Pflichttheilsberechtigten gilt.

b) Wenn gesagt wird, in der turpitudo liege von selbst schon die Unwürdigkeit, so ist dieses unrichtig, denn nicht jeder turpis ist indignus im technischen Sinne des römischen Rechts — und wäre die Behauptung wahr, so müßten die Geschwister der persona turpis auch die Vermächtnisse entreißen können.

c) Wenn behauptet wird, soferne die Geschwister auf den Pflichttheil eingesetzt seien, was auch auf dem Namen der Vermächtnisse vor sich gehen kann, so werde die persona turpis sogar als Erbe bestehen können, und also eine neue Schwierigkeit entstehen, so ist hier um so weniger Bedenken zu haben, als unter diesen Umständen ja auch Descendenten und Ascendenten neben einer persona turpis

---

1) Cod. 3. 30. Glück VII. S. 181. Mühlenbruch XXXVI. S. 130. Franke S. 536. Mein Buch S. 109.

2) Marezoll in Linde's und seiner Zeitschr. II. Bd.

stehen müßten, soferne sie als Erben eingesetzt wären u. s. w. [1])

§. 567.

Enterbung bona mente.

Die exheredatio bona mente ward in der neuesten Zeit bestritten, theils überhaupt theils insoweit, daß sie sich doch nur auf die Descendenten beziehen könne. Allein da sie bei den Römern in einer ganz allgemeinen Richtung zulässig war, weil der Erbe in seinem wohl verstandenen Interesse sich mehr darüber zu freuen als zu grämen hatte, auch eine Entehrung desselben auf keine Weise gemeint war, und dies hinlänglich aus l. 16. D. 27, 10. hervorgeht, so scheint uns Alles klar zu liegen. Da gewiß ein Geisteskranker und ein Verschwender enterbt werden kann, die nicht gänzlich unfähig sind, so ist auch schon hierin das Princip begründet: auch kann man nicht sagen, daß solchen Enterbten das Recht auf den Pflichttheil nicht genommen sey, was ja eine petitio principii wäre: noch kann behauptet werden, daß solche Enterbte unter andern Umständen mehr als ihren Pflichttheil gewännen u. s. w. [2]).

Ist aber die exheredatio bona mente überhaupt angenommen, so ist consequenterweise möglich, daß dem Eingesetzten, wenn nur die bona mens offen zu Tage liegt, auch Bedingungen gesetzt werden können, die sonst als Präterition erscheinen [3]). Allein die unten angeführten Stellen sagen dieses doch nicht, und wir glauben daher keineswegs, daß unter einer solchen Richtung eine Veränderung der öffentlichen Form des Erbrechts möglich

---

1) Sieh auch Glück XXXIV. Mühlenbruch XXXV. S. 94. XXXIX. Bd. S. 272. Note 62. Mein Buch S. 85.

2) l. 18. D. 28. 2. l. 12. §. 2. D. 38. 2. l. 25. Cod. h. t. (3. 28)

3) l. 16. §. 2. i. f. D. 27. 10. l. 25. Cod. 3. 28.

wäre. Die Enterbung selbst auf einem guten Grunde, an sich förmlich, ist sehr zu unterscheiden von der Einsetzung unter einer Bedingung, die der Form nach als eine Präterition gilt [1]). —

Zweiter Abschnitt.

Testament ohne Notherbrecht.

Erster Unterabschnitt.

Testamentsrecht der pagani.

§. 568.

Extranei heredes.

Vorerst ist hier eine doppelte Rücksicht merkwürdig.

I. Vielleicht war ursprünglich mit den suis und postumis keine testamentifactio, indem diese die väterliche Hinterlassenschaft von selbst nahmen. Hier wäre es denn möglich, von dem Rechte der postumi zu sprechen, die, wenn sie nicht instituirt waren, und kein Testament da war, doch gewiß erbten, soferne sie zur Zeit des Todes des Testators concipirt waren, weshalb deren Einsetzung expost auch möglich gemacht wurde. Bei den suis aber handelte es sich nicht von der Ueberlassung des Vermögens, als vielmehr von der Enterbung, und keineswegs kann daher gesagt werden, die Art der Einsetzung der nach dem Tode des Erblassers Gebornen sey die Veranlassung für die Enterbung der sui. Die eigentliche testamentifactio bezog sich also ursprünglich zunächst auf extranei.

1) Auch der Pflichttheil kann nicht bona mente beschränkt werden.

II. Die extranei mußten römische Bürger, und den Testamentsactus vorzunehmen fähig, auch nicht quoquo modo intestabiles seyn. Allein so wenig jetzt mehr darauf ankömmt, so ist doch gewiß, daß ein beim Leben des Erblassers nicht concipirter extraneus nicht eingesetzt werden kann [1]). Im Uebrigen ist der Satz der l. 49. §. 1. D. 28. 5. noch insoferne wichtig, als auch die Unfähigen darnach beurtheilt werden müssen, z. B. die Ketzer. Nicht aber gehören hieher die besondern relativen Verbote, wie bei dem princeps litis causa institutus, bei den Concubinenkindern über ihren Theil, bei der Erbbeschränkung des späteren Ehegatten in favorem der Kinder der früheren Ehen, endlich bei den Erbbeschränkungen wegen verbotener Geschlechtsverbindung.

§. 569.

Inhalt und Form der testamentifactio.

Die Lehre von der Erbeinsetzung bildet die Hauptrichtung dieser Lehre. Daher werden vor Allem die Einsetzung eines und mehrerer Erben, ihr Verhältniß zu den Vermächtnißnehmern, die Bedingungen und andere Nebenumstände, die Substitutionen abzuhandeln seyn. Sofort kömmt die Lehre von den verschiedenen Formen der Testamente, die natürlich deshalb zuletzt gestellt wird, weil sie sich auch auf die Testamente der Notherbberechtigten als allgemeine Vorschrift für die solennitas actus bezieht. Das Testament selbst ist sehr richtig als äußerer und als innerer actus von vie-

---

1) l. 6. 7. D. 38. 15. Mühlenbruch 39. Bd. S. 406. Ob dies aber auch bei der Intestaterbfolge nach den neueren Gesetzen gilt? Es gilt ja auch nicht bei Familienfideicommissen. Ob unter einer Bedingung bei der testamentifactio, d. h. so, wenn sie in einer gewissen Zeit concipirt werden sollten? Der Prätor ging freilich über die zweifelhaften Fälle durch die b. p. weg: wie uns scheint. Daß Justinian durch seine verloren gegangene Constitution de incertis personis etwas hieran änderte, ist nicht zu glauben. Mühlenbruch 39. Bd. S. 406.

len Lehrern und Pragmatikern aufgestellt, denn in dieser Richtung erscheint es in der That historisch. Der äußere actus war eine mancipatio und später eine andere Solennität, und hier mußte Alles, wie in alter Zeit, ohne Vorbehalt und Bedingung vor sich gehen. Dies ist auch derjenige Punkt, welchen wir abgesondert zuletzt aufstellen: der innere actus hatte seinen Anfang in dem secreto testamenti; es war dies eine eigene Erklärung, welche wie die stipulatio auch eigentliche Bedingungen zuließ, wobei aber allerlei Vorbehalte gemacht sind, die sehr darauf hinweisen, als wäre ursprünglich eine bedingte Einsetzung überhaupt unzulässig gewesen, wie ja auch durch die conditiones impossibiles und resolutivae dargethan wird, die ohne weiters wegfallen; wobei es denn endlich kam, daß einzelne Bedingungen auch bei der Erbeinsetzung zugelassen worden sind, welche letztere übrigens ein certum judicium erforderte und ein actus stricti juris war.

§. 570.

Vom certum judicium.

Es wird im Allgemeinen vorausgesetzt, daß die Erklärung des Testators vollständig sey. Ist dieselbe unter Verweisung auf Bedingungen geschehen, so thut dies nichts und daß über die Art der Bedingungen nichts bestimmt ist, schadet nichts [1]), es wäre denn die Erklärung selbst so geschehen, daß sie nur unter Beifügung der Bedingung als eine vollständige erscheinen würde (voluntas imperfecta)[2]). Sofort muß der eingesetzte Erbe nicht eine persona incerta seyn: wichtig für juristische Personen[3]): endlich bedarf

---

1) l. 8. Cod. 6. 25.

2) l. 9. §. 5. D. 28. 5. Sofort von der unbestimmten Einsetzung zweier Erben: siehe überhaupt mein Buch S. 284 ff. l. 25. D. 28. 1.

3) Mein Buch S. 254 ff.

es zwar keiner Wortformen mehr, aber doch einer bestimmten Erklärung des Willens.

§. 571.

Vom strictum jus.

Die Römer sahen die Erbeinsetzungen und Vermächtnisse als Geschäfte strenger Interpretation, die Fideicommisse aber ähnlich den bonae fidei negotiis an. Eine Ausgleichung sollte geschehen, allein sie ist nicht geschehen, und viele Lehren sind heutzutage noch nach dem strictum jus zu erklären, wie die hinsichtlich des Stellens der Einsetzung in das arbitrium tertii vel heredis, sodann die wegen Irrthum, Zwang und Betrug.

§. 572.

Von der strengen Bestimmung der Anordnung selbst.

Gewiß ist, daß weder eine Erbeinsetzung noch ein Vermächtniß so in das arbitrium tertii gestellt werden kann, daß ein Anderer für uns ein Testament mache, oder daß, wenn der eine Erbe ernannt wäre, dieser den zweiten ernenne. Ja die Römer wollten die Anordnung selbst in der Art nicht gelten lassen, daß etwas Anderes in des Dritten arbitrio gestellt wäre, z. B. der A soll bestimmen, wer mein Haus haben solle. Indirect aber, d. i. durch eine Bedingung sollte bei der allmähligen Ausbildung des Rechtssystems die Sache in die Gewalt eines Andern gebracht werden können, z. B. der X soll mein Haus haben, wenn der Y von Heidelberg wegziehen wird. Einige Juristen ließen zu, daß die Bedingung sogar einen weniger reellen Charakter zu haben brauche, z. B. die Frau X soll mein Haus haben, wenn ihr Mann auf den heiligen Berg steigt[1]).

---

1) l. 68. D. 28. 5.

Hiebei nahm denn Ulpian Veranlassung, den ganzen Unterschied der directen und indirecten Arbitrirung für spitzfindig zu halten[1]. Allein was bleibt für ein Unterschied für das in der Rechtsinterpretation so wichtige Verhältniß des Eigensinns und der Spitzfindigkeit? (Darauf kam Ulpians Schüler Modestinus). Keineswegs aber darf die Anordnung in die reine Willkühr des Onerirten gestellt seyn[2], wenn man nicht den sicheren animus ein Fideicommiß zu stiften daraus ableiten könnte[3].

Das canonische Recht[4], welches überall von der strengen Richtung der Einsetzungsform abkam, und Alles allein in die Intention des Testators schob, läßt jede Anordnung in die reine Willkühr eines Dritten stellen; es geht offenbar von der deutschen Idee der Gewähr zur treuen Hand aus, und es bleibt daher durchaus unmöglich, in dieser Lehre römisches und canonisches Recht zu verbinden[5].

§. 573.

Vom error.

Der Irrthum ist ein Verhältniß, welches oft die ganze Einsetzung oder doch eine einzelne Anordnung gänzlich hinfällig macht, weil man dieselben in dem rechten Sinne des Testators nicht auffassen kann; auf diese Richtung gründet sich die Ungültigkeit der Anordnung selbst, und man muß nur noch unterscheiden, ob der Testator Jemanden einsetzte,

---

1) l. 1. pr. D. 31. Siehe darüber, was v. Vangerow S. 101. sagt.

2) l. 32. D. 28. 5.

3) l. 11. §. 7. D. 32.

4) Cap. 13. X. 3. 26.

5) Mein Buch über Vermächtnisse I. S. 318 ff. Dagegen ist Glück in seiner opuscc. fasc. I. pag. 238. Commentar XXXIV. S. 1 ff. v. Vangerow S. 164. läßt sich auf die Grundlage des canonischen Rechts, die deutsche Ansicht, welche auch auf Laien ging, gar nicht ein.

an dessen Person er gar nicht dachte, oder ob er eine bestimmte Person einsetzte, die er aber in Beziehung auf ihre Qualitäten für unwürdig hielt. In der ersten Hinsicht ist die Anordnung ungültig[1]): in der andern Hinsicht aber wird der Eingesetzte für einen Unwürdigen angesehen, wovon in den nächsten §§.

Hinsichtlich des Irrthums unterscheidet man außerdem auch hier den wesentlichen und den nicht wesentlichen. Der Irrthum über ein nomen proprium[2]), über Quantitäten der Sache[3]), über jede Demonstration[4]) ist ohne Folgen, und auch der Irrthum über Bedingungen macht eher die Bedingungen wegfallen, wie die Disposition selbst[5]).

Wesentlich aber ist in der letztwilligen Anordnung der error in causa vel animo. Es ist hier so zu unterscheiden:

a) Wenn erwiesen wird, daß der Testator gar nicht testirt hätte, sofern er nicht in der causa geirrt hätte, z. B. indem er glaubte, sein Bruder sey todt, so ist die ganze Anordnung ungültig[6]).

b) Wenn erwiesen werden kann, daß der Testator ohne bestimmten Irrthum eine einzelne Anordnung nicht getroffen hätte, sey sie eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß, so kann der Anordnung die exceptio doli gemacht und die Rescission verlangt werden, wobei denn eben der letzteren Rücksicht wegen die andern Anordnungen gültig sind. So ist die l. 92. D. 28, 5. entsprechend zu erklären[7]).

---

1) l. 9. pr. D. 28. 5. Ebenso über Sachen l. 9. §. 1. D. eod.

2) §. 29. J 2. 20,

3) l. 9. §. 2—4. D. 28. 5.

4) §. 30. J. eod.

5) l. 5. D. 28. 5.

6) Die Exheredation ist nicht wegen des Irrthums nichtig, wenn der Testator einen Sohn nicht für seinen Sohn hielt, sondern wegen des vorliegenden falschen Grundes — gehört eigentlich auch nicht hieher l. 14. §. 2. l. 15. D. 28. 2.

7) Mein Erbrecht 4. Bd. S. 275.

Bei einem error ist aber Zweierlei zu beweisen:

a) das Unrichtige in facto,

b) der Umstand, daß das factum im Sinne des Testators wirklich conditio war, denn gerade dies macht den Irrthum in dieser Beziehung zum wesentlichen. Dieser Umstand wird präsumirt α) wenn der Eingesetzte für einen Verwandten gehalten wird [1]), β) wenn Jemand eine fremde Sache, die er für die seinige hielt, vermacht hat [2]).

§. 574.

Vom Zwang und vom Betrug.

Nach unsern Ansichten heben Zwang und Betrug letztwillige Anordnungen nicht auf, oder machen sie nicht nichtig, wie die meisten Rechtslehrer zu sagen pflegen; denn diese Geschäfte sind negotia stricti juris, und es gilt also auch dasjenige nicht, was der Prätor bei den contractus und bei den gesta gethan hat [3]). Der Zwingende und Betrüger aber verliert dasjenige, womit er bedacht ist, denn der Fiscus kann es ihm nehmen [4]).

Die Gegner unsrer Ansicht haben eigentlich in unsrer Lehre zwei Fälle unterschieden:

1) den Fall, wo der Erblasser von der Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abgehalten werde.

2) Den Fall, wo der Erblasser zur Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens gezwungen werde.

Nur in dem ersten Falle soll die Unwürdigkeit, die an sich der Gegensatz der Nichtigkeit ist, eintreten, weil dies klar geschrieben stehe in **D. 29, 6.** und im Codex **6. 34.**

---

1) l. 4. 7. Cod. 6. 24.

2) §. 4. J. 2. 20.

3) l. 10. D. 50. 16.

4) Ganz anders können die neueren Gesetzgebungen lehren, z. B. der Code Napoleon, der die Erbeinsetzung als ein negotium bonae fidei ansieht, und dasjenige, was bei ihm auch in zweiseitigen Geschäften Regel ist, auch hier zur Regel machen kann.

Aber die Lehre selbst sagt kein Wort von dem analogen andern Falle; vielmehr, wenn der Eingesetzte schuldlos ist, wird consequent fortgefahren, daß diesem die Hinterlassenschaft nicht bleibe, weil ihn der Testator nicht einsetzen wollte [1]). Warum man also auf diesen Fall das gegentheilige Argument angewendet hat, ist kaum einzusehen, soferne man nicht von naturrechtlichen Principien der neuern Zeit gefangen das Gegentheil für entsprechender gehalten hätte [2]). Das Argument Glücks (XXXIII. Bd.) die l. 1. Cod. 6, 34. verlange, daß der Zwinger eine öffentliche Strafe leide, und woraus man schließen könne, daß das Resultat eines Verbrechens keine Art von Recht erzeugen könne, ist dadurch schon widerlegt, daß die l. 5. Cod. 1. 14. erst später erschienen ist, welche diese Folge einführte, die früher gar nicht bestand: ferner die l. 2. §. 7. D. 37, 11. handelt von der causa erroris, und die l. 20. §. 10. D. 28. 1. zeigt, daß ein gezwungener Zeuge kein Zeuge sey u. s. w. [3]).

---

1) l. 1. §. 1. D. h. t. die auf keinen Fall mit l. 19. D. eod. im Widerspruche steht.

2) Wenn Bangerow S. 95. unsrer jetzt zuerst aufgestellten Meinung, wofür früher nur der einzige Faber eine undeutliche und unvollständige Ausführung hatte, so aufgestellt hat, als wäre dies eine blos von Neueren wieder hervorgesuchte Ansicht, welcher auch Puchta beigestimmt hätte, so ist er schwerlich genug hier auf den Stand unsrer Literatur eingegangen. Wenn wir übrigens Recht haben, so sehen wir nicht ein, warum die von uns gebrauchten Argumente S. 95. so hingestellt sind, als wären sie schon längst klar und unbestritten, während die l. 20. §. 10. D. 28. 1. doch zuerst von uns erklärt ist. Allein auch diesem würden wir nicht widerstreben, wäre uns nicht gleich hintennach „ein unbegreifliches Mißverständniß“ statt alles Lobes vorgeworfen, nämlich, daß wir eine Stelle, die zwar dem andern Falle angehöre, während wir gar nicht unterscheiden können, hiehergestellt, eine Stelle, die doch nur die allgemeine ratio der ganzen Ansicht enthält. Es kommt Alles darauf, eine Schrift so darzustellen, wie sie erscheint.

3) Mein Buch von Vermächtnissen I. S. 337. von der te-

Wenn es also ziemlich erwiesen scheint, daß der Zwang ein Testament nicht vernichte, sondern nur andere Folgen erzeuge, so entsteht die Frage, ob denn der Betrug, eine sonst ganz dem Zwange coordinirte Richtung, hier eine andere Bedeutung habe: denn wenn unsre Gegner, die den Zwang und Betrug als vernichtend ausgeben, Recht haben, so ist dieses consequent, aber wie man im Zwange mit uns übereinstimmen, im Betruge anders denken könne, ist höchst bedenklich. Allein in der That geschieht dies auch nirgends, sondern es wird nur behauptet, der Betrug sey hier immer die Folge eines Irrthums, und der Irrthum vernichte die Erbeinsetzung [1]). Allein der Irrende kann entweder die Ursache des Irrthums in sich selbst finden, aus sich selbst die Bedingung des Irrthums setzen, oder der Irrende wird durch einen Andern fraudulose inducirt. Bei dem error ist ein incertum judicium, dagegen beim dolus, wo man Erkundigung eingezogen, gethan hat, was menschlich möglich ist, ist ein certum judicium. Hier steht der Testator fest, denn er hat seinen bestimmten Sinn, und zwischen seinem Irrthum, wenn es einer ist, was wir juristisch nicht glauben, und dem Erfolge steht der dolus in der Mitte, der jetzt allein in Betracht kömmt [2]).

---

stam. Erbfolge S. 262. Überhaupt sieht man besonders in solchen Lehren, was für uns eine noch ganz mangelnde Dogmengeschichte wirkt.

1) v. Vangerow S. 99.

2) v. Vangerow lehrt so: der Irrthum und der Betrug sind im letzten Willen objective gleich: also sind sie gleich — wir aber sagen, der Irrthum ohne Betrug — also ohne solche subjective Beziehung sey ein Irrthum, das andere sey ein Betrug. Uebrigens ist es wahr, daß Manches in Geschäften unter Lebenden Betrug ist, was als Irrthum keine Folgen hätte: und daß bei dem Irrthum allein die objective Seite entscheidet. Es müßte endlich nach Vangerow hier ein Unterschied gemacht werden, wornach das jetzt errichtete Testament Nichts gilt, das früher errichtete aber, welches aus Betrug nicht abgeändert wor-

Am meisten ist die ganze Lehre dadurch verrückt worden, daß man fragte, ob der Schadenleidende nicht ein Rechtsmittel habe. Hier will **Accursius** doch auch den Unschuldigen ausstoßen, wenn ein error im Spiele wäre; allein uns scheint, daß der Begriff der Indignität ein objectiver sey, d. h. jeder darunter verstanden werde, welchen der Testator nicht einsetzen wollte (l. **12. D. 34. 9.**). Wenn der Fiscus die Erbschaft dem Eingesetzten entreißt (was immerhin von seiner Billigkeit abhängt) so haben doch einige geglaubt, die Intestaterben (die selbst gar kein Recht haben) müßten dem Fiscus vorgehen: (**Jaso**). Andere (**Bartolus**) haben angenommen, die Intestaterben hätten eine Entschädigungsklage, wenn sie beweisen könnten, der Testator hätte außerdem gar kein Testament gemacht. Aber in beiden Fällen wäre es ja gerathener gewesen, dem Intestaterben das Entreißungsrecht zuzugestehen. Vielmehr haben die Intestaterben auf einer andern richtigern Seite ein Recht

a) jure civili, wenn sie im Besitz der Hinterlassenschaft sind, und den institutus durch die exceptio abweisen,

b) jure praetorio, wenn sie die b. pio geltend machen, und die von dem Betrüger erlangte b. p. secundum tabulas sine re darstellen. Noch weniger kann der Eingesetzte, wenn auch ganz unschuldig, gegen den Betrüger oder Zwingenden auftreten, denn er hat ja kein absolutes Recht auf Einsetzung [1]). Nur für den Fall der **l. 2. §. 1. D. 29. 6.**

---

den, gilt, so daß dieses, weil es ohne Irrthum errichtet worden, gilt, obgleich es gerade durch Irrthum aufrecht erhalten wird. Wäre das erste Testament durch Betrug errichtet, die Abänderung durch Betrug verhindert, so würde hiernach das erste Testament nichts gelten! Warum soll der dolus eine andere Wirkung haben in der ersten Errichtung, eine andere in dem Einflusse auf die Veränderung des Testaments? Warum sagen die Römer so oft si omnes dolo fecerint, wo in der That ein wahrer Zwang vorhanden ist, und der Betrug ist in der That ein geistiger Zwang.

1) Mein Buch S. 207 ff. quaestio subbatina. S. 269.

ist merkwürdig, daß ein Bruder durch Abhaltung der Zeugen den Testamentsactus unmöglich machte. Die beiden Brüder treten denn freilich jure intestati ein, allein auf einem andern Titel, als auf dem letztwilligen [1]).

Ueberredungen, psychologische Einwirkungen, Verführungskünste in der Ehe (maritalis sermo) sind als Zwang und Betrug nicht anzusehen [2]).

§. 575.

Von der bedingten Erbeinsetzung.

Manche eigenthümliche Richtungen bei den Bedingungen scheinen uns auf einer noch nicht aufgeklärten geschichtlichen Entwickelung zu beruhen. Im Allgemeinen ist natürlich daß der eingesetzte Erbe die Bedingung erleben muß: erlebt er sie nicht, so gilt die Einsetzung nicht. Erleichtert kann dieses Verhältniß werden durch die schon erwähnte prätorische Caution [3]). Die wirklich eintretende Bedingung wird retrotrahirt, was jedoch in der Natur der Universalsuccession liegt und auf die Vermächtnisse keine Anwendung leidet. Eigenheiten sind folgende:

I. Resolutivbedingungen sind bei der Erbeinsetzung pro non adjectis zu halten; d. h. sie waren von jeher nicht zugelassen. Eine Ausnahme macht das Soldatentestament aus Gründen, die sich unten leicht werden einsehen lassen; ferner wäre die unmögliche Bedingung potestativ negativ, so findet sie statt, einmal weil hier der Erbe im Sinne des Testators keine Begünstigung verdient, und weil er sich selbst durch die Cautio Muciana helfen kann. Dabei muß man freilich unterscheiden die Ademtion der Erbschaft von der Delation unter einer Resolutivbedin-

---

1) Pothier Pand. Just. sub. 29. 6. Nr. 4. in not.

2) l. 3. D. 29. 6. l. 3. Cod. 6. 34.

3) Arndts Beiträge 1stes Heft S. 184 ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

gung. Soferne es etwa heißen würde: Mein Freund X soll mein Erbe seyn — aber die Erbschaft soll ihm ausdrücklich entzogen werden, wenn er den Militärstand nicht aufgibt. So ist eine solche Bedingung gültig, denn die Erbeinsetzung wird in der That vernichtet. Soferne es aber so hieße: Mein Freund X soll mein Erbe seyn, aber wenn er in drei Jahren den Militärstand nicht verläßt, so soll er die Erbschaft verlieren, so ist dies eine Resolutio, die, soweit sie von der Bedingung abhängt, Nichts gilt, so daß der X auch nach 3 Jahren die Erbschaft behalten kann. Es stimmt dies ja ohnedies mit dem Verbote der Erbeinsetzung ex die oder in diem überein. Semel heres factus non desinit heres esse. Auf eine gänzliche Verwechselung der ademtio und resolutio — auf eine unpassende Vermischung der Sache mit den Legaten, auf eine nicht richtige Umdrehung des Einen in das Andere bauten Wening und Zimmern ihre längst verworfenen Argumente [1]).

II. Unmögliche Bedingungen sollen ebenfalls pro non adjectis gehalten werden [2]). Gerade hier sieht man, wie zu der Zeit der Schulen selbst schon die Geschichte dieser Lehre untergegangen war. Man räsonnirte lediglich: der eine Theil, namentlich bei der conditio in faciendo nahm an, es sey ein Irrthum, Fehler oder mendum da, was dem Testator zu Guten gehalten werden müsse: die andre Schule aber schloß wie bei den Verträgen; man müsse es strenge nehmen, das Testament selbst werde durch eine unmögliche Bedingung vitiirt. Die erste Schule (die Sabinianer) siegten, obgleich Gajus sagt, er wisse nicht war-

---

1) Thibaut im Archiv V. 13. VII. 19. Mühlenbruch §. 648. Puchta §. 466. und Andere. Roßhirt Erbrecht I. S. 301 ff.

2) Ueber den Begriff von unmöglichen Bedingungen Arndts in seinen Beiträgen Nr. IV.

um [1])? Zunächst entsteht noch die Frage, was eine unmögliche Bedingung sey? Man muß nach unsrer Ansicht

1) das wirklich Unmögliche und Undenkbare von dem Schwierigen und Seltenen unterscheiden [2]); in dieser Beziehung ist denn auch der Unterschied in absolut unmögliche und relativ unmögliche Bedingungen entstanden, was aber keineswegs mit jenem Unterschiede zu verwechseln ist, denn das Schwierige ist nicht unmöglich [3]). Die relative Unmöglichkeit aber hat man deshalb hervorgehoben, weil man dafür hielt, daß, wenn der Testator die Bedingung für möglich gehalten habe, oder sogar nach Thibaut [4]) sie für möglich habe halten können, die Bedingung nicht pro non adjecta gelte, sondern das Testament selbst vitiire. Allein wir achten die ganze Unterscheidung zwischen absolut und relativ unmöglichen Bedingungen für falsch, und behaupten, daß auf die Ansicht des Testators gar nichts ankomme [5]).

2) Das wirklich Unmögliche und das im Laufe einer bestimmten Zeit nicht Ausführbare. Viele wollen hier auch den Unterschied des vollkommen und theilweise Unmöglichen einschieben [6]), der in der That wieder nicht besteht, indem, was theilweise unmöglich ist, entweder nach seinem Theile, wenn er getrennt werden kann, wegfällt, oder die ganze untheilbare Bedingung pro non adjecta ansehen läßt [7]). Bei der angustia temporis kömmt es darauf an, ob von der Vollziehung der Erbeinsetzung unter einer

---

1) Gajus III. §. 98, §. 13. J. 2. 14. l. 3. D. 35. 1. Sell unmögliche Bedingungen S. 30.

2) Mühlenbruch Pand. §. 649. Note 8. vorzügl. Commentar XLI. S. 142.

3) l. 4. D. 28. 7. Ueberhaupt wird die Unmöglichkeit von der Zeit der Testation bemessen, wenn nicht der Testator selbst andere Vorschriften gestellt hat.

4) System §. 803.

5) Mein Buch I. S. 310.

6) v. Vangerow S. 117.

7) Mühlenbruch XLI. Bd. S. 154. Siehe auch Sell S. 64—72.

in so kurzer Zeit unmöglichen Potestatbedingung die Rede ist, oder ob von der solutio da die Rede ist, wo die Ortsdistanz allein nicht in Anschlag gebracht wurde. Dort ist es in der That eine Bedingung, hier aber ist nur ein dies für die solutio gestellt, der sich auf die obligatio nicht bezieht [1]).

3) Die Unmöglichkeit an sich. Es ist nämlich denkbar, das etwas ursprünglich unmöglich ist, aber in der Folge möglich wird. Sell behauptet nun, es komme auf den Zeitpunkt des Todes des Testators an [2]); allein da nach unsrer Ansicht gar nichts davon abhängt, was der Testator bei der Bedingung gedacht hat, sondern in facto Alles ununtersucht gelassen werden soll [3]), so muß aus dem Standpunkte der Testamentserrichtung Alles beurtheilt werden, wenn nicht der Testator sich einen Vorbehalt gemacht hat, oder wenn nicht der Umstand an sich eine Variation zuläßt, wie z. B. bei der Verheirathung einer Sklavin, wobei man dann annehmen muß, der Testator habe nothwendig daran denken müssen [4]). Im Allgemeinen nämlich ist auch bei Bedingungen eine benigna interpretatio nicht auszuschließen [5]), nur muß das Recht immer einen allgemeinen Richtungspunkt haben und dieser ist überall die Errichtung des Geschäftes selbst.

Ist eine Bedingung erst nach Errichtung des Testaments unmöglich geworden, so ist dies ebensoviel, als wenn eine mögliche Bedingung nicht in Erfüllung geht [6]).

---

1) l. 6. D. 28. 7. l. 12. §. 1. D. 30. Averanius interpr. II. 24. Nr. 24. Mein Buch I. S. 311.

2) Ueber unmögliche Bedingungen S. 58 ff.

3) Auch die Lehre von der regula Catoniana gehört nicht hieher, ad conditionalem Catonis regula non pertinet.

4) l. 58. 59. §. 1. D. 28. 7. Siehe jedoch Mühlenbruch §. 649. a. E.

5) Z. B. die Unmöglichkeit vernichtet auch das ganze Testament, wenn man sieht, daß dieses der Wille des Testators ist. Arg. l. 4. §. 1. D. 40. 7. l. 61. pr. D. 40. 4.

6) Sell S. 79 ff. 199 ff. Doch kann die Intention des

§. 576.

Von denjenigen Bedingungen, welche mit den wirklich unmöglichen in Verbindung gebracht werden.

Hierher dürfen nicht gestellt werden die conditiones perplexae d. h. die verworrenen und sich selbst widersprechenden [1]) die nicht unmöglich sind, sondern die ganze Disposition ungültig machen [2]). Die conditiones praeposterae d. h. die, wo das Recht eher wirksam werden soll, als die Bedingung eingetreten ist, müssen aus der Intention des Testators erklärt werden [3]). Dagegen hat der Ausdruck conditiones derisoriae [4]) keine eigentliche feste Bedeutung, sondern es hängt Alles von dem wahren Inhalt derselben ab.

In der That aber gehören hierher:

1) Alle Auflagen contra jus publicum, was hier utilitas publica bedeutet, ferner contra leges [5]) und quod legis vicem tenet, ferner in fraudem legis, namentlich gegen das edictum, wobei aber im letztern Falle die Remission des Prätors vorbehalten war [6]).

2) Alle Auflagen contra bonos mores, welche in der That juristisch unmöglich waren [7]), wobei freilich Vieles auf eine eigene facti quaestio ankam [8]) und weshalb auch

---

Testators etwas Anderes mit sich bringen. l. 31. l. 112. D. 35. 1. l. 54. §. 2. D. 30.

1) Mühlenbruch XLI. Bd. S. 131.

2) l. 16. D. 28. 7. l. 88. pr. D. 35. 2.

3) Mühlenbruch S. 133.

4) Auch inepta l. 113. §. 5. D. 30.

5) Hieher gehört auch die Bedingung, nicht zu heirathen, meine Vermächtnisse I. S. 362. und deshalb bedurfte es hier keiner Remission, sondern erzeugte Nullität.

6) l. 8. §. 8. D. 28. 7. Mein Buch S. 312.

7) Jure impleri non potest.

8) Sell S. 273.

hier eine Remission oft nöthig wird [1]). Hierher gehört denn auch die conditio jurisjurandi in gewisser Hinsicht [2]).

Die angegebenen Bedingungen können also unter gewissen Umständen pro non adjectis angesehen werden [3]). Aber ebendeshalb ist die conditio de mutanda vel non mutanda religione nicht hierher zu stellen [4]).

Noch wichtig ist die l. 15. D. h. t. wo viele angenommen haben, die Proculianische Meinung sey hier in die Pandekten gekommen; allein in der That wird nur behauptet, die reprobirte Handlung könne der Erbe nicht vornehmen, also ist sie nicht potestativ, und der darin Eingesetzte folglich präterirt.

§. 577.

Von den übrigen Arten der Bedingungen.

Hier sind zu nennen:

1) Die conditiones, quae tacite insunt, wo etwas eine conditio ist, was nicht in dieser Form hervorgehoben ist, aber nur unter dieser Form hätte erklärt werden sollen [5]), oder wenn ein Umstand als Bedingung in der Form

---

1) l. 7. 8. 9. 14. 15. 27. pr. D. 28. 7.

2) Siehe mein Buch S. 314 ff. und Huschke bei Linde XV. Bd.

3) Eine allgemeine Definition der juristisch unmöglichen Bedingungen, wozu auch die contra mores gehören, siehe bei Arndts S. 183.

4) Darüber ist viel geschrieben. In der That aber ist eine solche Bedingung als Bedingung kein Zwang — noch weniger turpis — ja die Veränderung der christlichen Confession nach dem westphälischen Frieden erlaubt, und ebenso die Nichtveränderung. Weder der Protestant noch der Grieche ist nach canonischem Rechte ein Ketzer.

Eine conditio turpis theilt die Wirkungslosigkeit auch einer andern alternativ aufgestellten conditio honesta et possibilis mit. l. 8. §. 5. D. 28. 7.

5) Meine Vermächtnisse I. S. 355.

hervorgehoben ist, der so gar nicht hätte aufgestellt werden sollen (juris conditio).

2) Die conditiones necessariae, wo das Geschäft als ein pures angesehen wird [1]).

3) Die conditio, si voluerit, welche bei einem extraneus nur formam nicht vim conditionis hat, was etwas anderes bei den suis ist.

§. 578.

Von der captatorischen Bedingung uud von den poenae nomine relictis.

I. Oft hat man behauptet, daß nicht nur die captatorische Bedingung ungültig sey, und zwar mit Recht, weil der captans immer die Ansicht hat, der Eingesetzte müsse oder möge früher sterben, so daß eine schändliche Bedingung gleichsam da ist — indem hier in der That nicht das Entgegenwirken zu einer unsittlichen Handlung, sondern die unsittliche Handlung selbst der Grund der Einsetzung ist [2]): sondern man hat auch behauptet, die Anordnung des captatus sey ungültig, weil der captans als Betrüger am wenigsten Rücksicht verdiene. Allein man hat hier so zu unterscheiden:

1) Bei der captatorischen Einsetzung ist nicht nur die Bedingung eine schändliche, sondern die ganze Anordnung gilt nichts, weil sie unter dem Standpunkt der Erbschleicherei steht [3]).

2) Bei der Einsetzung in Beziehung auf den captans aber ist zu bemerken, daß er ein indignus sey; die Einsetzung, die der captatus vornahm, fiel nur auf einen solchen, dem man aus Unwürdigkeit die Erbschaft entreißen kann [4]).

---

1) Arndts S. 182.
2) Arndts S. 183.
3) l. 70. D. 28. 7. l. 1. D. 34. 8.
4) Mit Unrecht sehen die Sache an Bynkershoeck opusc.

II. Eben so ungültig waren ursprünglich die institutiones poenae nomine, was nicht blos auf Legate, sondern auch auf Einsetzungen mehrerer Erben geht. Es sind dieses Einsetzungen, welchen nicht sowohl eine liberale Gesinnung gegen den Honorirten zu Grunde liegt, als vielmehr die Absicht, den Erben oder den einen Erben für den Fall, wo er etwas nicht thun oder unterlassen werde, durch Beschränkung des sonst ihm zustehenden Rechts zu bestrafen. Freilich muß dann ein Andrer Legatar oder Miterbe seyn oder werden [1]). Justinian hat diese Beschränkung aufgehoben, und dem Testator darin seine volle Freiheit wieder hergestellt [2]).

§. 579.

Von der Erfüllung der möglichen und an sich zulässigen Bedingung.

I. Ist die Bedingung von der Art, daß erst bei dem Tode des Vermächtnißnehmers es sich ausweiset, ob sie in Erfüllung gehen werde, oder nicht (negative Potestativbedingung); so war früher ein solches Vermächtniß ganz unwirksam, weil vor dem Eintrit der Bedingung das Recht nicht auf die Erben des Honorirten transmittirt wird. Aber Qu. Mucius Scävola gestattete eine Caution [3]), wodurch im Falle der Nichterfüllung der Onerirte sicher ge-

---

tom. I. c. 10. i. f. — welcher eine solche Einsetzung durchaus für ungültig erklärt, wie Thibaut Vers. 1. 4., welcher meint, der captatus könne auch ohne Captation die wahre Einsetzungsgesinnung gehabt haben. In der That ruht also Alles hier darauf, daß der Testator, wenn er die causa des captans gekannt hätte, diesen nicht eingesetzt haben würde. A. M. ist Mühlenbruch Pand. §. 649.

1) Gajus II. 235. 236. 243. 288. Dig. 34. 6.

2) Goeschen observ. jur. Rom. Nr. III. pag. 47—108. Sell §. 64.

3) Verschiedenheit derselben von der prätorischen, die immer von der causae cognitio abhing!

stellt wurde. Diese Muciana cautio wandte man auch auf Erbeinsetzungen an, und da bei den Vermächtnißnehmern die Caution nur verlangt werden konnte, soferne die Bedingung während ihres ganzen Lebens nicht in Erfüllung ging[1]), so wurde dagegen die Mucianische Caution bei der Erbeinsetzung gerade so angewendet, wie die prätorische Caution, d. h. auch wenn die Bedingung in kurzer Zeit realisirt wurde[2]). Gewöhnlich wird angenommen, daß die Mucianische Caution wegfalle und die Bedingung als impossibilis erscheine, wenn ein heres ex asse eingesetzt sey, weil Niemand da sey, an welchen die Caution gestellt werde. Der Intestaterbe nämlich wird nicht zugelassen, um eine Cautionsfoderung zu verlangen und die Nov 22. c. 44. enthält nur eine Ausnahme. Ist ein heres solus vorhanden, so soll aus diesem Testamente auch der Substitut keinen Anspruch haben, was wir aber nicht zugeben, denn nur so erklären Einige die l. 4. §. 1. D. 28. 7. — Dabei fragt man: wäre bei der Einsetzung von Miterben das jus accrescendi durch die Substitution ausgeschlossen, was dann[3])? Verschiedentlich hat man an dieser Stelle exegesirt[4]). Wahrscheinlich kam es auch hier gar sehr auf die Art der Bedingung und auf die facti quaestio der Juristen an!

II. Ueber die Erfüllung der Bedingungen ist außerdem Folgendes zu bemerken:

---

1) Ausnahme mein Buch über Vermächtnisse I. S. 387.

2) l. 7. pr. l. 18. l. 73. D. 35. 1. l. 79. §. 2. 3. D. eod. Zimmern de Muciana cautione. Heidelb. 1818. Mein Buch über Vermächtnisse I. S. 381 ff.

3) Der Miterbe könnte nach unsrer Ansicht vielleicht die Caution verlangen, siehe auch meine Vermächtnisse I. S. 382. wo natürlich von Substituten freilich nur für den Fall die Rede ist, wo andere Erben concurriren, was aber auch für den andern Fall paßt, siehe besonders v. Vangerow S. 136.

4) Siehe darüber Arndts Beiträge S. 196 ff. der den Intestaterben die Caution abspricht, siehe aber Fabricius Ursprung und Entwickelung der b. p. S. 65.

1) die Bedinguug auf ein facere gilt für erfüllt a) wenn sie von jemanden verhindert wird, der kein Recht zur Verhinderung hat, b) wenn sie der Zufall verhindert. Doch muß in beiden Fällen immer Rücksicht auf die voluntas testatoris genommen werden: denn sonst würde nicht nur der Widerspruch unerklälich seyn, welchen l. 31. D. 35. 1. ferner die l. 54. §. 2. D. 30. darbieten, mit sovielen andern Stellen, deren Exegese nicht hieher gehört [1]). Wir glauben nämlich, daß der Testator eine potestative Bedingung durch die Art seines Willens in eine casuelle verwandeln kann, so daß dann allerdings die Verhinderung durch den Zufall der Erfüllung im Wege steht. Dies ist nach unsrer Meinung derjenige Fall, wo man von einer vermischten Bedingung im allgemeinen sprechen kann [2]), die aber in der That doch eine zufällige ist und bleibt. Wenn mehrere unter einer Potestativbedingung eingesetzt sind, so kann derjenige, welcher seinerseits erfüllt hat, das lucrum für sich verlangen, wenn nicht wieder der Wille des Testators ein andrer ist [3]). Wäre die Bedingung schon bei dem Leben des Testators erfüllt, so bleibt die Einsetzung nur gültig, wenn entweder der Testator nichts davon erfuhr, oder wenn die zweite Erfüllung unmöglich ist [4]).

2) Ist die Bedingung zufällig, so bekömmt, wie schon im Eiugange der Lehre von den Bedingungen als Regel aufgestellt ist, der bedingt Instituirte die b. pio. Wenn aber ein unbedingt Eingesetzter darneben steht, so war schon ein Streit unter den Glossatoren. Johannes behauptete, der unbedingt Eingesetzte könne nur pro parte antreten,

---

1) Siehe übrigens meine Vermächtnisse I. S. 376. besonders wegen der conditio dandi et faciendi. Im Uebrigen behauptet sehr mit Unrecht Mayer I. S. 59. der Begriff von conditio promiscua sey nicht bestimmbar.

2) Im Ganzen geht es nämlich immer nach dem Sinne der Anordnenden.

3) l. 112. §. 2. D. 35. 1.

4) l. 10. §. 1. D. eod.

weil der bedingt Eingesetzte pro sua parte die b. pio suche[1]). Azo dagegen will[2]) dem unbedingt Eingesetzten den Eintrit auf das Ganze zusprechen. Offenbar hat der Letzte Recht, denn die b. pio wird nur zu Gunsten des bedingt Eingesetzten gegeben, keineswegs aber gegen das Recht eines andern Berechtigten. Der zur b. pio Berechtigte mag denn auf andre Weise sorgen, daß der Civilberechtigte nichts durchbringe[3]).

§. 580.

Von den Wirkungen der bedingten Einsetzung im Allgemeinen und in einigen besondern Fällen.

Die Römer waren ebenso erfinderisch, die Lehre von den bedingten Einsetzungen in das Erbrecht einzuführen, als dabei Unterschiede gegen die Vermächtnisse zu machen, wie sie erfinderisch waren, den gültigen einen Rechtseffect zu bewirken. Einmal sind nur einzelne Bedingungen gültig (nicht die resolutiven, außer bei den Vermächtnissen, nicht die unmöglichen, die das Geschäft unberührt lassen, nicht die unjuristischen, unmoralischen und zu remittirenden). Wenn man sich nicht recht helfen konnte, gilt die Bedingung als impossibilis und zeigt so am beßten, wie eine Reaction gegen die Annahme der Bedingungen im Testamentsrechte war. — Wo aber die Gültigkeit der Bedingung feststand, war man auch nachsichtig in der Interpretation, wie ein folgender §. zeigen wird, man ließ eine potestative Bedingung in eine casuelle verwandeln, soweit dies möglich ist, und erhielt auch potestative Bedingungen für erfüllt, die nicht erfüllt waren. — Eine zufällige Bedingung unterstützte der Prätor: doch mit

---

1) l. 33. D. 28. 5. l. 2. §. 1. D. 28. 7.

2) l. 7. D. 10. 2. l. 1. §. 9. D. 36. 1. l. 10. §. 1. D. 38. 4. l. 6. §. 1. D. 7. 2.

3) S. Cujacius darüber: mein testamentarisches Erbrecht I. S. 322.

genauer Untersuchung des Falles: eine negativ potestative fand das beßte aller Rechtsmittel in der Mucianischen Caution, und wieder etwas besser bei der Erbeinsetzung, wie bei den Vermächtnissen. Gerichtsgebrauch und Interpretation haben eigentlich allein das Gebiet der Bedingungen hier begründet.

Insbesondere ist noch anzuführen:

1) Bedingungen können Mehreren copulative und alternative auferlegt werden [1]). In der letzten Hinsicht gehört die bekannte Stelle l. 40. D. de hered. instit. hierher [2]).

2) Ist Jemand an verschiedenen Stellen, an der einen bedingt, an der andern unbedingt zum Erben eingesetzt, so wird nur die unbedingte Einsetzung berücksichtigt [3]).

3) Die Bedingung an den Eingesetzten, wenn er Kinder bekommen wird, ist zwar an sich gültig, aber ausnahmsweise braucht sie von denjenigen nicht erfüllt zu werden, welche ein Keuschheitsgelübde ablegen und ihr Vermögen frommen Zwecken widmen wollen [4]). —

§. 581.

Von der Zeit der Erfüllung.

Potestativbedingungen können in der Regel keineswegs früher als nach dem Tode des Testators erfüllt werden, denn Alles hängt davon ab, ut testamento pareatur [5]), indessen treten auch hier Ausnahmen ein [6]). Auch bei negativ potestativen Bedingungen muß sich der Testator, wie

---

1) Ist die eine ungültig, so gelten beide nichts, Nr. 2. ausgenommen.

2) Huschke bei Linde S. 375. Richters Jahrbücher 1839. S. 571 ff. Mayer Erbrecht I. S. 56 ff.

3) l. 27. §. 1. 67. D. 48. 5. l. 89. D. 35. 1.

4) l. 53. §. 2. Cod. 1. 3.

5) l. 11. 19. 29. D. 35. 1.

6) Endemann de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. Von dem Falle, wo die Wiederholung der Bedingung nach des Testators Tode nicht möglich ist.

bei potestativen bald entscheiden, wie man aus der Interpretation des Q. Mucius sieht[1]). Außerdem muß man unterscheiden:

a) Ob ein certum tempus der Erfüllung festgesetzt ist[2]), hier ist Alles gegeben, und wenn die Zeit herum ist, so gilt die Bedingung als deficirend[3]). Wird vor der Zeit erfüllt, so kann in der Regel gleich dann das Recht geltend gemacht werden.

b) Ob eine unbestimmte Zeit (infinitum tempus) stattfindet. Hier kömmt es bei casuellen Bedingungen gar nicht einmal darauf an, daß sie erst nach dem Tode des Testators erfüllt werde, und es genügt, wenn sie auch schon zu Lebzeiten des Testators in Erfüllung gehen[4]). Ja es kann dann bei dem Tode des Testators die Erbschaft und das Vermächtniß gleich als ein unbedingtes verlangt werden.

c) Ist gar keine Zeitbestimmung angefügt, denn gilt blos die allgemeine Regel, daß die Erbschaft nicht deferirt ist, wenn der Erbe früher, als die Bedingung erfüllt ist, stirbt, und daß auch bei Vermächtnissen der dies erst mit der Erfüllung der Bedingung cedirt[5]).

Im Ganzen wird oft auch noch bemerkt, daß die im Eingange des §. angegebene Regel streng genommen nur auf die Vermächtnißnehmer passe, wogegen der Erbe einen freiern Spielraum habe, aber es kömmt doch auch bei diesem theils auf die Termine der b. pio, theils auf die Cretionszeit im alten Rechte, und auf die Deliberations- und Inventarienzeit im neueren Rechte an[6]).

---

1) l. 115. §. 2. D. 45. 1.

2) Wegen der angustia temporis, Vermächtnisse I. S. 378.

3) l. 91. D. 35. 1.

4) l. 2. 10. §. 1. l. 11. §. 1. D. 35. 1.

5) l. 59. 109. D. 35. 1. l. 4. pr. l. 13. D. 36. 2. l. un. §. 7. Cod. 6. 51.

6) Endemann pag. 102.

§. 582.

Von der Auslegung bei Bedingungen.

Soferne das römische Recht nicht einzelne Bedingungen gänzlich verboten hat, gilt für die andern der Grundsatz der genauesten Untersuchung des Willens des Testators [1]). Grade dadurch aber werden auch alle jene Fälle bestimmt, die man gewöhnlich als Ausnahmsfälle angibt, ohne die Gründe gehörig zu kennen oder zu erwägen, z. B. die unbedingte Einsetzung neben der bedingten geht vor als plenior; oft wird die erste Bedingung als mit dem Legate zurückgenommen angesehen, und es gilt, wie namentlich bei den Vermächtnissen, die zweite. Oft wird die Bedingung für einen Erben auch auf das demselben Erben gegebene Legat angewendet, obgleich hier der Wille in concreto zu untersuchen und für die Annahme des Prälegats oft etwas anderes zu statuiren ist [2]). Bei der translatio trit oft dasselbe ein, wie bei der novatio. Oft gilt eine Bedingung als stillschweigend gegeben, wie z. B. bei der Restitution einer Hinterlassenschaft, oder eines Vermächtnisses von seinem Descendenten an einen andern, wo angenommen wird, daß Jener selbst keine Kinder habe [3]). In allen diesen Dingen trit der bekannte Rechtssatz ein, daß die Bedingung zwar immerhin etwas Juristisches ist, aber dabei außerordentlich von dem Factischen abhängt. Oft war man auch besonders günstig, z. B. in favorem libertatis.

§. 583.

Von den in conditione positis.

Man muß hier offenbar unterscheiden das Verhältniß der Erben und der Vermächtnißnehmer.

---

1) l. 19. pr. 101. D. 35. 1.
2) Mein Buch I. S. 272.
3) l. 102. D. 35. 1. l. 6. Cod. 6. 25. l. 30. Cod. 6. 42.

I. Bei der Veränderung in der äußeren Formalität der Erbeinsetzung kam es dahin, daß unter der unförmlichen oder Fideicommissarischen Einsetzung der in conditione positus dem Vulgarsubstituten vorging: man muß nur genau sehen, daß die Vulgarsubstitution eine Nachsubstitution seyn soll [1]). Die Substitution ist wohl nicht, wie einige meinen, eine bedingte Einsetzung im Ganzen; aber doch wohl ist sie eine solche in Beziehung auf das Verhältniß zu dem Instituten, und daher kömmt es, daß der Umfang der Bedingung bei der Substitution bald größer bald geringer ist. Sind Kinder des Erben in conditione positi, so ist man am allermeisten geneigt, diese als Erben anzuerkennen, wenn sonst Nichts der Auslegung im Wege steht. Ebendaraus folgt, daß ohne gehörige Auslegung der Substitution weder jene Regel bei der Erbeinsetzung gelten kann, wornach eine stillschweigende Einsetzung genügend sey, noch daß ein in conditione positus als stillschweigend eingesetzt präsumirt werden könne [2]).

II. In Beziehung auf die Singularsuccessoren hat der in conditione positus seine eigene Bedeutung: denn

1) der, welcher etwas conditionis implendae causa empfangen soll, ist kein Vermächtnißnehmer [3]).

2) Quae in conditione sunt, non sunt in obligatione. Daher hat ein solcher keine Klagen, auch nicht eine actio in factum; daher kann aber ein solcher etwas erhalten, was er mortis causa nicht capiren kann [4]). Das conditionis implendae causa an einen Erben Gegebene fällt

---

1) l. 85. D. 28. 5. Siehe jedoch Mühlenbruch XL. S. 241. Mein testament. Erbr. I. S. 294.

2) Hieher gehören die 2 Stellen, l. 19. D. 28. 5. l. 16. §. 1. D. 28. 6. Heisler de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione. Halae 1754. Mein testam. Erbr. I. S. 296 ff.

3) l. 8. i. f. D. 29. 4.

4) l. 55. D. 35. 1. Meine Vermächtnisse I. 2te Abhandlung §. 1.

nicht in den Erbtheil [1]); ebendeshalb ist das Hinterlassene auch kein Fideicommissum, auch nicht eine Schenkung [2]), weil man den animus donandi nicht vorauszusetzen braucht. Ob die Sache in die quarta Falcidia eingerechnet werde, oder in die legitima, ist bestritten [3]). Immerhin aber trit ein gewisses Verhältniß zwischen dem Geber und Empfänger ein, denn wenn der Geber das nicht empfängt, oder aus juristischen Gründen wieder verliert, was er bei der Erfüllung der Bedingung gewinnen soll, so kann er sich mit dem Condictionensysteme helfen [4]). Im Ganzen aber ist doch keine Schuld begründet, sondern im Grunde genommen etwas rein Factisches vorhanden [5]).

§. 584.

Von der mystischen Erbeinsetzung.

In der l. 10. pr. D. 28. 7. [6]) hat man zwei Gedanken:

1) Eine rein bedingte Einsetzung: der Sejus soll mein Erbe seyn, wenn ich ihn in einem eigenen Schreiben nennen und gleichsam bestättigen werde. Nur bei dem filius findet dies nicht statt, weil diese Bedingung eben sonst eine Präterition wäre.

2) Die Einsetzung eines Erben unter einer gewissen Bezeichnung, mit der Bestimmung, daß sein Name in einem Zettel geschrieben werden solle. Daß diese Bestimmung sich auf das secretum voluntatis bei den alten Römern bezog, ist klar; aber daraus hat man mehr gemacht und behauptet, daß, als unter den Kaisern die mündlichen Testamente eingeführt wurden, auch die Erbeinsetzung ohne den Na-

---

1) l. 20. §. 9. D. 10. 2. l. 91. D. 35. 2.
2) l. 31. §. 4 l. 38. D. 39. 6.
3) Meine Vermächtnisse I. S. 397. 398.
4) Meine Vermächtnisse I. S. 399.
5) Siehe auch l. 3. §. 7. D. 12. 4. l. 34. D. 12. 6. l. 65. 67. D. eod. l. 50. §. 1. D. 5. 3.
6) Vergleiche l. 77. D. 28. 5.

men des Erben genug sey, wenn nur sonst an der Sicherheit der Individualität und des Namens kein Zweifel sey [1]).

§. 585.

Von der Zeitbestimmung.

Ein bestimmter Anfangs- oder Endetermin kann nur für Vermächtnisse angeordnet werden. Bei einem dies incertus aber, wenn er sich nicht ausdrücklich auf die Erfüllungszeit bezieht, wird eine Bedingung angenommen, die natürlich auch auf die Erbeinsetzung geht. Hier hängt denn viel von der Interpretation ab [2]). Z. B. der X soll eingesetzt seyn, aber von seiner Volljährigkeit an. Sieht man hier, daß der Testator bei der schlechten Constitution des Eingesetzten Bedenken getragen hat, so ist es Bedingung, außerdem Zeitbestimmung. Wenn X 1000 Fl. haben soll, die vom Erben an seinem Todestage flüssig werden, so ist anzunehmen, daß der X den Erben überlebt habe. Wird der Erbe auf seinen Todestag instituirt, so gilt die Zeitbestimmung nicht [3]).

Im übrigen ist bei den Vermächtnissen der dies a quo ein Erfüllungstag, der dies ad quem ein Resolutionstag, und es wird deshalb Caution geleistet [4]), aber der Legatar genießt alle Rechte: endlich bei dem dies intra quem ist nur spatium gestellt, wo noch am novissimus dies die Erfüllung geschehen kann [5]).

§. 586.

Von der Zweckbestimmung.

In der Testamentslehre ist jede Nebenbeifügung entweder

---

1) Mein testam. Erbrecht I. S. 289. ff.
2) Meine Vermächtnisse I. S. 404.
3) Vinnius ad §. 9. J. de hered. inst. Nr. 6.
4) l. 26. Cod. 6. 37.
5) l. 49. D. 35. 1.

conditio, oder ungültig, oder blos erklärend. Viele conditiones sind ungültig, der dies ist ungültig freilich nur bei der Erbeinsetzung, nicht bei den Vermächtnissen, wo die Grundlage der Obligationen vorherrschte.

Die Zweckbestimmung aber ist bei der Erbeinsetzung entweder conditio oder nudum praeceptum, wieder anders bei den Vermächtnissen, wo schon der Erbe ein Recht hat, auf die Erfüllung des modus zu klagen, und in welcher Beziehung dann die Modalbestimmung für denjenigen, der nicht Erbe ist und klagen kann, als Fideicommiß erscheint [1]).

Daß da, wo nicht Miterben oder Substituten da sind, der modus nur als conditio rechtliche Wirkungen habe, geht aus einer Reihe vor Argumenten hervor [2]): nur ist zu bedenken, daß bei den Miterben der einem Erben aufgelegte Zweck zu einem Fideicommisse führen kann; während der Zweck einem Substituten gegenüber immer Bedingung ist. Ein modus cum mulcta ist freilich als Fideicommiß oder sonst gültige Bestimmung anzusehen [3]).

An allen diesen Umständen hat die in Note 1. angeführte l. 2. Cod. 6. 45. nichts abgeändert.

Wo der modus als Vermächtniß erscheint, hat er hiernach seine Bestimmungen: und hiernach die Cautionsleistung.

Als Bedingung hat der modus mit den Bedingungen Alles gemein, folglich daß er wegfällt, wenn er impossibilis oder contra leges vel mores ist, oder daß er weil er sonst einem ehrenvollen und anständigen Benehmen entgegensteht, zu remittiren ist [4]); daß der modus für erfüllt gilt, wenn seine Erfüllung durch den Betheiligten selbst, oder durch

---

1) l. 2. Cod. 6. 45.
2) Meine Vermächtnisse I. S. 40. ff. auch Mühlenbruch.
3) l. 92. D. 28. 5. 1, 6. pr. D. 35. 1. also eine unbedingte Einsetzung.
4) l. 8. §. 7. 28, 7. l. 37. D. 35. 1. l. 71. §. 2. D. 35. 1.

den, in dessen Person oder unter dessen Mitwirkung er erfüllt werden sollte, verhindert wird [1]); endlich ist es möglich, daß der Dritte nicht als Fideicommissar sondern auch als conditionis implendae causa erwerbend angesehen werde [2]).

§. 587.

Andere Nebenbestimmungen bei Testamenten.

Alle andern Nebenbestimmungen haben nur erklärende Bedeutung, wozu nicht nur gehören:

1) Die Nachträge, auch über den Namen des Erben [3]), der schon bestimmt ist, ferner über die Theile der Erbschaft, welche durch eine abgesonderte Erklärung bestimmt werden können [4]), auch kann hier schon nach römischem Rechte ein Dritter sein arbitrium geben [5]).

2) Die Codicillarclausel, wodurch dasjenige, was nicht als Testament gilt, sogar als Intestat-Codicill gelten und bestätigt werden soll.

3) Die Codicille sogar selbst in allen Beziehungen.

4) Die derogatorische Clausel, welche nützlich und wirksam ist, soferne man darunter die Bestimmung versteht, wodurch frühere testamentarische Anordnungen für aufgehoben erklärt werden, indem dadurch aller Zweifel der Interpretation leicht erstickt wird [6]). Doch kann Niemand also sich selbst eine Beschränkung auflegen, wovon an einem andern Orte.

5) Endlich gehören hieher alle Ademtionen, die besonders in Beziehung auf die Vermächtnisse sehr einfach und unförmlich vor sich gehen können.

---

1) l. 6. pr. D. 35. 1. l. 1. Cod. 6. 25.
2) Mein Buch über Vermächtnisse I. S. 44.
3) l. 10. D. 28. 7. l. 25. D. 34. 5. l. 123. §. 1. D. 30.
4) l. 38. D. 35. 1. l. ult. D. 37. 11.
5) l. 7. §. 1. D. 34. 5.
6) l. 22. pr. i. f. D. 32.

§. 588.

Einsetzung mehrerer Erben.

a) Unter sich.

Die Einsetzung geschieht entweder auf bestimmte oder unbestimmte Theile. In der ersten Hinsicht geschah Alles nach dem Duodecimalsystem, was deshalb besser ist, als das Decimalsystem, weil dort 2, 3, 4. die Divisoren bilden, während das Decimalsystem nur 2 und 5 hat. Bei der unbestimmten Einsetzung muß dennoch Alles nach jenem Systeme regulirt werden [1]).

Auf einen Theil des Vermögens kann der Erblasser seinen Erben nicht berufen, und wäre dieses geschehen, so bekommen die Erben gegen seinen [2]), wie gegen ihren [3]) Willen, das Ganze.

Es ist auch möglich, daß Mehrere so in Verbindnng gerufen werden, daß sie in Beziehung auf einen Kopftheil für eine Person angesehen werden [4]). — Gehen bestimmte Theile über die Masse hinaus, so verliert ein Jeder verhältnißmäßig [5]); es wäre denn, daß der Wille des Testators dahin ginge, daß die zweite Einsetzung nothwendig von der ersten etwas detrahiren soll. Dies kann natürlich der Fall nicht seyn, wenn Jemand nach der Zuwendung der ganzen Hinterlassenschaft einen andern ebenfalls auf die ganze Hinterlassenschaft ruft, auch nicht, wenn er die Hinterlassenschaft theilweise vergeben hat, sondern nur, wenn zuerst die ganze Hinterlassenschaft vergeben ist, und endlich die Anweisung eines Theils eine Detraction vom Ganzen ist [6]). Endlich nicht, wenn er den Andern ohne bestimmten Theil

---

1) Mehrere ohne Theilbestimmung erhaltne Kopftheile §. 6. J. 2. 14. l. 9. §. 12. D. 28. 5.

2) l. 5. J. 2. 14. l. 74. D. 28. 5. Die letzte Stelle kann nicht so ausgelegt werden, als wenn das Testament ungültig wäre.

3) l. 19. §. 2. D. 49, 17.

4) l. 34. pr. D. 30. l. 59. §. 2. D. 28. 5. l, 7. D. 7. 2.

5) §. 7. J. h. t. l. 13. §. 4. D. 28. 5.

6) l. 23. Cod. 6, 37.

gerufen hat. Erben ohne bestimmte Theile erhalten neben Erben, denen Theile zugewiesen sind, das diesen nicht Zugewiesene, es wäre denn schon durch die bestimmten Theile die Erbmasse erschöpft oder ginge gerade darüber hinaus [1]).

Sind alle Erben in re certa instituirt, dann sind bekanntlich die res certae Prälegate und außerdem die Erben in aequas partes gerufen; auch trit dies ein, wenn von der Erbschaft Nichts zu vertheilen übrig bliebe, denn dieses ist schon deshalb wichtig, weil die Erben hier die Schulden gleichmäßig zahlen [2]). Ist aber unter mehrern Erben nur ein Erbe oder ein anderer mit vielen in re certa eingesetzt, so erscheinen diese als Legatare [3]), den schon erwähnten Punkt des Notherbenrechts ausgenommen [4]).

§. 589.

b) Verhältniß der Miterben zu den Vermächtnißnehmern.

Es entsteht hier die Hauptfrage, ob die Miterben pro parte hereditaria oder pro parte virili bezahlen. Die Schulden bezahlen sie pro parte hereditaria, und es folgt dieses schon aus dem Begriffe der Universalsuccession.

Die Vermächtnisse aber werden erst ex quasi contractu der hereditas adita bezahlt, also ex speciali et singulari obligatione. Und die Römer selbst unterschieden so:

---

1) §. 6. 8. J. h. t. l. 17. pr. §. 3. l. 77. 78. §. 3. D. 28. 5. Ueber das Reductionsprincip und die Auslegung berühmter Fälle in den Pandecten l. 47. §. 1. 2. l. 81. pr. D. 28. 5. Mühlenbruch XL. Thl. S. 131.

2) l. 35. D. 28. 5.

3) l. 13. Cod. 6. 24.

4) Einige argumentiren freilich so, die Anweisung auf eine einzelne Sache sey die Ausschließung vom Ganzen: unius positio est alterius exclusio. Viele einzelne Rücksichten z. B. Accrescenz kommen unten bei der Vollziehung vor.

A. Wenn die Miterben nominatim mit den Vermächtnissen beschwert seyen, so müßten sie pro virili parte zahlen [1]).

B. Wenn nicht alle Erben, sondern nur ein Theil derselben mit Vermächtnissen belegt sey, so müsse der letztere Theil wieder pro virili parte tragen [2]).

Paulus allein hielt auf solche Unterscheidung nicht, und wollte in der l. 17. D. 45. 2. daß die Bezahlung der Legate immer pro hereditaria parte vor sich gehe [3]). Paulus hat offenbar die Idee eines allgemeinen Billigkeitsprincipes aufstellen wollen, was für uns auch schon deshalb paßt, weil wir die alte Einsetzung der Formularjurisprudenz nicht mehr haben.

§. 590.

Von der Substitution.

Der Ausdruck „substituere“ ist vieldeutig; und ist als substitutio scripturae die Einsetzung für einen unbestimmt secundären Zweck [4]). Auch die substitutio gradus ist verschieden als vulgaris und als pupillaris [5]); und wenn die substitutio fideicommissaria auch eine substitutio gradus heißt, so ist gerade in dieser Beziehung die erste substitutio eine bedingte, und die andere eine unbedingte [6]): im Uebrigen aber ist die substitutio keine bedingte Erbernennung, denn

---

1) l. 134. D. 30.
2) l. 54. §. 3. D. eod.
3) Streit von der Glosse bis auf Smallenburg.
4) Cujacius tom. VII. pag. 898.
5) Die erste ist eine bloße Entwickelung des Rechts der Einsetzung; die andre ein besondres Institut des römischen Rechts moribus Romanorum introducta. Manzano de substitut. §. 12.
6) Mein Buch über Erbrecht I. S. 331. ff. Wenn eine Vulgarsubstitutio als Fideicommissarische aufrecht erhalten wird, so folgt dieses nicht aus dem gedachten Verhältnisse, sondern aus der Intention, den Willen des Testators zu interpretiren.

a) Der Subſtitut kann nicht wie der bedingte Erbe b. p. praestita cautione ſuchen, ſo lange der Inſtitut deliberirt.

b) Iſt der Inſtitut bedingt eingeſetzt, und der andre auf den entgegengeſetzten Fall, ebenfalls unter einer Bedingung, inſtituirt, ſo iſt der zweite kein Subſtitut, ſondern es ſind zwei Inſtitutionsfälle, ſo daß beide das Recht haben b. p. praestita cautione zu verlangen, wie bei dem edicto carboniano [1]).

§. 591.

Von der Vulgarſubſtitutio insbeſondere.

I. Der Eingeſetzte kann ſich ſelbſt ſubſtituirt werden und einer der Fälle iſt, wenn derſelbe unter einer Bedingung eingeſetzt, aber auch bei der Deficienz der Bedingung den Inteſtat-Erben vorgezogen ſeyn ſoll [2]).

II. Sind mehrere als heredes primi gradus eingeſetzt, die entweder allein oder mit Andern ſich ſubſtituirt ſind, ſo daß, wenn einer von den Inſtituirten ausfällt, die Anderen in ſeine Stelle treten, ſo iſt dies substitutio reciproca oder mutua. Wenn jede Subſtitution für jeden Inſtitutus für ſich ſteht, auch wenn es nur Inſtitute waren, ſo iſt dies keine substitutio mutua. Nur für die substitutio mutua gelten eigene Grundſätze und zwar, daß ein großer Unterſchied zu dem Accreſcenzrechte ſtatthat, namentlich

a) daß die dem wegfallenden Erben aufgelegten Vermächtniſſe unter allen Umſtänden aufrecht erhalten werden, was nicht immer bei dem Accreſcenzrechte ſtatt hat.

b) Die Inſtitutions- und Subſtitutionsportionen werden zuſammengerechnet, auch bei der quarta Falcidia, ebendeshalb kann auch der Eingeſetzte nicht etwa die Inſtitutionsportion

---

1) Was wäre eine bedingte Subſtitution?
2) l. 48. §. 1. D. 28. 6. l. 10. §. 7. D. eod. l. 1. §. 5. D. 29. 4. mein Erbrecht I. S. 336.

annehmen und die Substitutionsportion ausschlagen, was freilich auch bei dem Accrescenzrechte statthat, aber aus andern Gründen.

c) Bei der Auseinandersetzung der substitutio mutua trit gerade dieselbe Proportion ein, wie bei der Institutio, aber eine Ausschließung oder die besondere Bedeutung der conjunctio hat dort nicht statt [1]).

Sind einem Miterben neben seinen Miterben noch extranei subsituirt, so werden die letztern zuerst durch eine pars virilis abgefunden, und das übrig bleibende wird unter die Miterben pro parte hereditaria vertheilt [2]). Jedoch erregen einige Zweifel die l. 9. D. h. t. und die l. ult. Cod. 6. 26. — allein die erste Stelle will nur auf eine andre Weise den extraneus abgefunden wissen, was leicht in dem Willen des Testators liegen kann, und die andre Stelle will wieder nach dem Willen und Ausdruck des Testators den Vater und Sohn für eine Einheit gehalten wissen [3]).

Wenn eine Person Mehreren substituirt ist, so versteht sich, daß Jener eintrit, auch wenn nur Einer von den Mehrern wegfällt und die l. 10. Cod. 6. 26. steht nicht entgegen, denn wenn hier der Vater seinen zwei unmündigen Kindern eine Substitution macht, so versteht es sich von selbst nach dem Willen des Vaters, der überall das höchste Gesetz ist, daß der Substitut nur eintreten kann, wenn beide Kinder todt sind, denn dies ist eine stillschweigende Bedingung [4]).

Der Ausdruck substitutio breviloqua ist eine Folge des Umstands, daß mit Vernachlässigung der alten römischen

---

1) A. M. Westphal von Testam. §. 642. aber mit Unrecht. S. mein Erbrecht I. S. 339.

2) l. 32. D. 28. 6.

3) S. auch Donelli opp. (ed. Lucc.) tom. IX. pag. 275.

4) Ueber die Bedingungen siehe noch l. 73. D. 28. 5. siehe besonders mein Erbrecht I. S. 353.

Formularjurisprudenz mehrere Richtungen [1]), oder auch Richtungen mit Bedingungen in einem Satze zusammengefaßt waren [2]): die Glossatoren nahmen noch eine compendiosa an, wenn nicht nur die vulgaris und pupillaris, sondern auch noch die fideicommissarische statt fand, z. B. wenn der filius nach dem Vater stirbt, aber so alt ist, daß die pupillarische nicht mehr gilt.

Die Vulgarsubstitution im Allgemeinen hat die natürliche Bedeutung, daß der Testator dadurch seinen Willen umfassender und vollkommen erkläre, und die Intestatsuccession ausschließe. Eben deshalb muß man dann auch die Substitutionsabsicht möglichst liberal auslegen, z. B. wenn auch nur ein Fall in den Worten erfaßt wäre, auch den andern Fall annehmen.

§. 592.

Von der Errichtung der Vulgarsubstitutio.

Die Substitution muß immer in einem Testamente geschehen, und wenn sie etwa in einem Codicille geschehen ist, so kann sie fideicommissarisch nicht aufrecht erhalten werden. Die l. 76. D. 36. 1. steht nicht entgegen, denn wenn hier eine Pupillarsubstitution durch die Mutter geschehen ist, und diese auf dem fideicommissarischen Wege aufrecht erhalten werden soll, so liegt darin nichts als eine besondere billige Interpretation, die nicht ad consequentias gezogen werden darf, zumal die Mutter nicht einmal vulgariter substituirt hat, sondern nur ihrer mütterlichen Pflicht zu viel zutraut. Auch auf andere Art kann eine Substitution nicht aufrecht erhalten werden, z. B. für den adjectus instituto [3]).

---

1) Z. B. vulgarem et pupillarem oder duas vulgares und duas pupillares.

2) Siehe l. 37. §. 1. D. 28. 5. Mein Werk I. S. 341.

3) Die l. 7. D. 28. 6. gehört eigentlich nicht hieher: siehe aber mein Werk I. S 345. Man will oft auch einen in conditione positus annehmen.

Wenn in der Substitution der Ausdruck gebraucht ist: quisquis mihi heres sit, so sind darunter keineswegs die Intestaterben verstanden, sondern nur Testamentserben, und es wird also dadurch kein fideicommissarisches Recht — kein Intestatcodicill begründet. Endlich fällt die Vulgarsubstitution nicht zusammen, wenn die Institutio auf irgend eine Art unvollkommen ist, und die Einsetzung eines zweiten Grades enthält immerhin eine vollkommene Erbeinsetzung, wie schon aus der Geschichte des Instituts selbst zu folgern ist.

§. 593.

Wirkungen der Vulgarsubstitution.

1) Im Allgemeinen.

Der Vulgarsubstitut erwirbt seinen Theil nicht wie der Accrescenzberechtigte ipso jure, sondern er muß den Anfall der Erbschaft erleben [1]). Eben deshalb geht auch die Transmission dem Substitutionsfalle voraus, wie noch weiter unten tn dem Transmissionsrechte vorkommen wird [2]). Ist der Vorerbe suus heres und abstinirt, so behält auch das Recht der Substituten seine Wirksamkeit [3]): dagegen ist, wenn ein institutus gegen seine Antretung restituirt wird, sehr zweifelhaft, ob die erloschene Substitution wieder auflebt. Man argumentirt so:

a) Das eben erwähnte beneficium abstinendi beim suus, das doch nur eine Art von Restitution sey, bringe die Substitution zu Ehren. Allein der suus, welchem ein Substitut gegeben ist, wird immer mit der Bedingung eingesetzt:

---

1) l. 9. D. 38. 16. l. 35. pr. D. 29. 2. l. 2. §. 8. i. f. D. 37. 11. Mühlenbruch XL. Theil. S. 320.

2) Thibaut Versuche I. Thl. Abhdl. 13. Mühlenbruch S. 324 ff.

3) Mühlenbruch S. 360 ff.

si volet, und daher bedarf es eigentlich eines besonderen beneficii abstinendi nicht.

b) Es komme auf den Willen des Testators an: allein dies wäre im beßten Falle nur ein Hilfssatz für die Interpretation, keineswegs der Grund für die Annahme eines Rechtssatzes.

c) Die Substitution sey an sich nur relativ und habe keine absolute Beziehung, d. h. die Substitution werde nur durch des Institutus Antretung vernichtet; also wenn diese nicht in Betracht komme, bestehe sie für sich selbst. Allein ist in der That die Substitution erloschen, so sind eben dadurch andere Rechte erwacht, nämlich die Intestaterbrechte, und in dieser Concurrenz bleibt erloschen, was einmal erloschen ist.

d) Was das Accrescenzrecht betreffe, welches noch vor der Intestatsuccession vorkomme, so zeige sich ja gerade, daß der Testator dasselbe ausschließen wolle; dieses aber müsse jetzt eintreten, wenn die Substitution nicht wieder auflebe. Allein es hängt am allerwenigsten bei bestimmten Rechtssätzen, die nothwendig in das System eingreifen, davon ab, was der Testator vielleicht will (denn dies bleibt eine quaestio facti, worüber eben der Rechtsfatz geht), sondern allein davon, was der gesetzliche Erfolg der Dinge ist.

e) Wenn der Eingesetzte gegen die Ausschlagung restituirt werde, so müsse der Substitut weichen, daher müsse es umgekehrt und in natürlicher Billigkeit ein reciprocum geben [1]): allein die Restitution als ein jus singulare geht auf den Institutus, der natürlich eben dadurch den Andern verdrängt: etwas Aehnliches müßte in besonderm Wege auch für den Substitutus eingeführt seyn, was nicht statt hat [2]).

Analogien nützen in dieser Lehre nichts, und sind eben deshalb von den Gegnern unsrer Meinung mißbraucht wor-

---

1) l. 7. §. 10. D. 4. 4.

2) Mein Buch I. S. 362 ff. siehe besonders das in dieser Lehre sehr gute Buch von Wening §. 463.

den; daher ist die Richtung eine ganz andere, wenn die Erben in primo gradu in solidum gerufen [1]), oder etwa beide unter entgegengesetzten Bedingungen directe eingesetzt sind.

Wenn der Substitutionsfall eintrit, wie steht es mit den in der Institution gemachten Bedingungen und Legaten? Man muß hier genau die ersten von den andern unterscheiden: die Legate liegen nach einer klaren Bestimmung des Kaisers Severus dem Substituten ob [2]). Das Prälegat muß er freilich dem Institutus zahlen, wenn dieser nicht sonst wegfällt: aber auf den Substitutus fällt das Prälegat nicht, weil er kein successor des Institutus ist [3]). In Hinsicht auf die Bedingungen ist es daher ebenfalls klar, daß der Substitut aus der Institution zu Nichts verbunden ist, weil sich diese unmittelbar auf die Einsetzung beziehen, in welche der Substitut nicht eintrit, während die Vermächtnisse eine eigene Richtung letzwilliger Anordnungen sind, was ja auch aus dem ganzen Geiste des spätern Codicillarprincips hervortrit.

§. 594.

2) Substitutus substituto est substitutus instituto [4]).

Dieser Satz hat keine andere Bedeutung, als die des Substitutionsrechts überhaupt, das Accrescenzrecht auszuschließen, und, sowie alle Institute im römischen Rechte, dem Gesetze und freien Willen möglichen Spielraum unter- und

---

1) Z. B. der A oder B soll mein Erbe seyn.

2) l. 50. §. 1. D. 30. l. 61. §. 1. D. 31. l. 82. §. 1. D. eod. l. 4. Cod. ad SC. Treb. Einige wollen mit Unrecht das Gegentheil für die frühere Zeit annehmen. Papillon bei Meermann tom. VII. pag. 707.

3) Mein Erbrecht I. S. 357.

4) §. 3. J. 2. 15. l. 27. 41. pr. D. 28. 6. l. 47. D. eod. Geiger de substituto substituti. Erl. 1768.

gegeneinander lassen [1]). Es ist also nicht so zu nehmen, als wenn hier Einer dem Andern nachrücken müßte, oder irgend eine Eigenheit bei dem mittelbaren Substituten vorkäme, sondern jede Substitution, also auch die entfernteste ist eine directe Institution [2]). Aber die Pupillarsubstitution ist an sich keine unmittelbare Succession in das Vermögen des Testators, schon deshalb, weil der Pupill vom Vermögen des Testators enterbt seyn konnte [3]). Wäre ein Pupill selbst Pupillarsubstitut, und jenem Pupillen ein Substitut gegeben, so ist der Letztre nicht eo ipso für den einen Fall unmittelbarer und für den andern mittelbarer Substitut. Es müßte hier vielmehr eine besonders begründete ausdrückliche Berufung vorhanden seyn, denn es handelt sich von ganz verschiedenen Hinterlassenschaften, während dagegen in Rücksicht auf das Vermögen des Testators der Pupillarsubstitut selbst als Substitut tertii gradus eintreten kann. Daher ist die Stelle l. 47. D. h. t. von Löhr [4]) nicht richtig erklärt.

§. 595.

3) Vulgaris tacita, pupillaris tacita oder substitutio duplex.

Unter der vulgaris tacita wird diejenige substitutio verstanden, welche aus der pupillaris concludirt wird [5]). In der l. 4. D. 28. 6. und in der l. 4. Cod. 6. 26. steht,

---

1) Es gibt eigentlich eine doppelte Bedeutung: a) der Substitutus tertii gradus wird substitutus secundi et primi gradus, b) wenn der substitutus secundi gradus vor dem erst Eingesetzten stirbt, so trit doch der substitutus tertii gradus ein.

2) Unterschied von der indirecten.

3) Ueber die Annahme einer substitutio tacita, die jedoch wie jede solche Annahme ganz strenge gefaßt und nicht auf eine dritte Hinterlassenschaft ausgedehnt werden darf, die nicht vom Testator herrührt, den nächsten §.

4) Archiv IX. Bd. S. 116.

5) Mein Erbrecht I. S. 365 ff.

daß die Substitution liberal interpretirt werden müsse, und daß die in unum casum geschehene Substitution in utrumque casum angenommen werden könne. Z. B. wenn von dem Vater zwei unmündige Kinder substituirt sind, so ist der uterque casus unbedenklich; wenn man aber statt zweier Unmündigen, einen Mündigen und einen Unmündigen substituirt, dann wird die Sache bedenklich. Aber auch hier streitet Alles für die substitutio tacita [1]). Am wichtigsten ist dabei, daß in der Vulgarsubstitution stillschweigend die pupillarische gefunden wird, und es dem Gefühle doch mehr entspricht, in der pupillarischen Substitution eine vulgare zu finden. In der neuesten Zeit ist freilich gedachter Punkt sehr in den Zweifel gezogen worden [2]); allein die entgegengesetzte Ansicht hat mit Recht jetzt wieder allgemeine Einstimmung, wozu wir nur auf ein anderes Lehrbuch und die dort gemachte klare Argumentation uns berufen können [3]).

Uebrigens ist sehr merkwürdig, daß gerade in der Lehre von der Substitution Manches in dem Militärtestamente vorkömmt, woraus man auf den eigenen Gang der römischen Interpretation schließen darf. Z. B. der miles, welcher in unum casum substituirt, hat keineswegs in alterum casum substituirt [4]), es wäre denn ein directer Beweis des Willens des Testators möglich [5]): ferner kann der miles durch eine directe Substitution bewirken, was ein paganus nur durch

---

1) Streitig ist, was darüber Gajus lib. II. §. 179. 180. sagt. Judicium Curianum bei Cicero de oratore I. c. 39. II. c. 32. wornach die für den postumus angenommene Pupillarsubstitution als Vulgarsubstitution gilt.

2) Wening bei Linde III. Bd. Abhdl. VI. VII.

3) Mühlenbruch §. 674. Note 3. und zugleich unsere Darstellung. Die Stellen sind noch l. 4. pr. D. 50. 16. und l. 41. §. 7. D. h. t.

4) Cujacius observ. lib. XII. obs. 26. a. E.

5) l. 8. Cod. h. t. (6. 26.) l. 6. Cod. 6. 21.

eine fideicommissarische vermag [1]), sowie überhaupt der Soldat im Wege des Fideicommisses über sein Vermögen thun kann was er will, wenn er auch die juristische Idee dazu nicht kennt und ausspricht, während er freilich bei dem Vermögen des Pupillen über die Jahre der Unmündigkeit nicht hinaus kann, was Alles klar vorliegt in der sehr bestrittenen l. 8. Cod. 6. 26. [2]): allein dieses selbst läßt sich auf sehr einfache Art erklären: bei dem Soldaten wird angenommen, er kenne das System und die Interpretation des Rechts nicht, er verfahre nach Wort und Sinn seiner Anordnung; er verfüge factisch, d. h. soweit er kann, also über sein Vermögen, und über das des Unmündigen nur als pater, d. h. soweit er civilrechtlich befugt ist: dagegen bei dem paganus wird immer gelehrt, er müsse sich nach dem Rechte und dessen Interpretationen richten, die bald mehr, bald weniger weit gehen; er könne sich mit der Rechtskenntniß auf keine Weise in jure entschuldigen, und so zeigt sich also, wie überhaupt im Rechtssystem, Zweierlei:

1) Der Civilist muß sich im Allgemeinen den Rechtssätzen und ihrer Interpretation unbedingt unterwerfen, der Soldat nicht.

2) Die hier vorgetragene Idee folgt lediglich aus der Ansicht über die Ausdehnung des Rechts zur Substitution im Sinne des favor testamenti und kann daher nicht verworfen werden, weil nicht die ausdrückliche Anerkennung für die eine der beiden Richtungen vorhanden ist.

§. 596.

Pupillarsubstitution.

Diese beruht auf dem Rechte der väterlichen Gewalt und hängt mit der alten vorsorgenden Herrlichkeit des vä-

---

1) Mein Buch S. 373.
2) Mein Erbrecht S. 374 ff.

terlichen Armes zusammen, zumal dadurch eben so sehr des Vaters als des Kindes Interesse gedeckt war. Wenn die Mutter primas et pupillares tabulas macht, so wird das Letztre nur für eine fideicommissarische Einsetzung genommen. Aber die Mutter kann eben deshalb keinesfalls, was der Vater kann, z. B. sie kann nicht ein Testament für ein enterbtes Kind machen, oder dem Kinde selbst dasjenige nehmen, was diesem kraft des Pflichttheils zusteht. In der früheren Zeit mußte der Unmündige zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden und die Suität begründet seyn, weil gleich mit der Testamentserrichtung der Vollzug vorgenommen werden sollte: aber als man einen postumus einsetzen ließ, war es leicht, zu gestatten, daß auch für den postumus impubes ein Substitut bestellt werde [1]).

Immerhin hat man angenommen, daß bei diesen beiden Testamenten eine Einheit der Person des Testators [2]) und ein doppeltes Vermögen vorhanden sey [3]). Hieraus folgt zunächst:

1) Daß durch die Nov. 115. hieran nichts geändert ist [4]), denn es läßt sich hier Nichts über die inneren Gründe des alten und neueren Rechts schließen, und die Nov. 115. greift nicht in jene Verhältnisse ein, wo ein jus singulare feststeht. Ueberhaupt bei allen formellen Lehren entscheidet die Person des Testators und nichts weiter, und die Form muß hier vor allem in Betracht stehen [5]).

2) Das Pupillartestament ist eine accessio testamenti

---

1) l. 2. pr. D. 28. 6. l. 33. §. 1. l. 41. §. 2. D. eod. von Löhr im Archiv IX. Bd. S. 112.

2) Dies soll keineswegs mit der Einheit zwischen Vater und Sohn im Allgemeinen verwechselt werden. Siehe darüber van der Pfordten Abhdl. Nr. 2.

3) l. 8. §. 5. D. 5. 2.

4) A. M. ist Franke Notherbenrecht S. 456. Siehe dagegen Thibaut im Archiv V. Bd. S. 346 ff.

5) Der Vater ist ja auch wieder seinerseits beschränkt, mein Buch I. S. 387.

paterni, und wäre das Letzte ungültig, so fällt auch das Erste. Aber bei der b. p. contra tabulas, bei der querela inoff. test, bei der Klage aus der Nov. 115. wird die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten [1]).

3) Ist der Pupillarsubstitut nicht zugleich in die väterliche Hinterlassenschaft gerufen, und ist der Pupill nicht enterbt, so fragt es sich, ob, wenn der Pupill das beneficium abstinendi gebraucht, nicht auch der Substitut daran participirt. Die eine Meinung will ihm gewiß die Rechte des Pupillen gewähren, die andere verlangt, daß er die onera paterna trage. Das Letztre ist nun nach des Marcellus Ansicht nicht der Fall [2]), und es ist nicht dafür zu halten, daß der Substitut das beneficium abstinendi als blos auf den Sohn berechnet ansehen dürfe. Freilich ist viel, aber vergebens versucht worden, beide Ansichten in Einstimmung zu bringen, zumal die beiden Gründe ganz gehaltvoll sind [3]).

4) Ist der Pupillarsubstitut zugleich in die väterliche Erbschaft gerufen: hier trit, wie uns scheint, der Gedanke der Einheit des väterlichen Testaments auf das Bestimmteste hervor, d. h. der zugleich instituirte oder vulgariter substituirte Pupillarsubstitut darf, wie überhaupt im Erbrechte bei zwei Portionen nicht das Eine annehmen und das

---

1) I. 34. §. 2. D. 28. 6.

2) Es mag sich zunächst fragen, ob die Gläubiger des Vaters auf den Pupillarsubstituten greifen können. Julianus in l. 42. pr. D. 29. 2. ist dafür, weil das väterliche Testament ein Testament sey, dagegen aber Marcellus: wieder für Julianus ist, Javolenus l. 28. D. 42. 5. und das non läßt sich nicht streichen. Löhr XXII. Bd. des Archivs S. 321.

3) Der eine Theil sagt, das väterliche Testament ist eines für den Pupillarsubstituten; der andere Theil sagt, was der Pupill schon getrennt hat, braucht der Substitut nicht wieder zu vereinigen. Ganz anders denkt Mühlenbruch XL. S. 419. dagegen Löhr und v. Vangerow.

Andere ausschlagen[1]). Wenn Warnkönig[2]) meint, da Justinian nur den Fall im Auge habe, wo der Pupill Miterbe war und angetreten hat, so könne man nicht den Fall, wo der Pupill enterbt war oder abstinirt hat, darunter rechnen, einmal, weil unsere oben angeführten Gründe hier nicht eintreten, dann aber auch, weil der Substitut keine anderen Verbindlichkeiten hat, wie der Intestaterbe, so hat er beiderseits Unrecht[3]). Nur dann könnte der Pupillarsubstitut, wenn der Pupill nicht Erbe geworden ist, das principale fallen lassen, wenn das Testament durch das Accrescenzrecht sein Bestehen hat[4]). Auch ist gewiß, daß, wenn der Vater zwei in seiner Gewalt befindliche Kinder eingesetzt hat, jeder Pupillarsubstitut dennoch dieses sein jus abstinendi benützen darf, um eine Trennung der Erbmassen zu bewirken[5]).

§. 597.

Quasipupillarsubstitution.

Bei der Erklärung der l. 9. Cod. 8. 26. ist man von jeher von zweien Grundsätzen ausgegangen: der eine Theil sagt nämlich, es müsse hier Alles ad exemplum pupillaris substitutionis erklärt werden, z. B. der testirende Ascendent müsse sich vor Allem selbst ein Testament machen, der andere Theil aber hat gelehrt, es sey hier Alles frei, wie bei dem Militärtestament. Die ersten suchen jeden mangelhaften Punkt nach der Richtung zur Pupillarsubstitution herzustellen, und Viele wollen gewiß nicht ein paar Codicille

---

1) l. 20. Cod. 6. 30.
2) In seiner und meiner Zeitschr. II. Bd.
3) Siehe jetzt auch v. Löhr Archiv XXII. Bd. S. 110.
4) l. 40. D. h. t. l. 27. §. 2. i. f. D. 36. 1.
5) l. 12. D. 28. 5. v. Löhr a. a. O. S. 234. Siehe auch l. 41. D. 29. 2. Anders Mühlenbruch XL. S. 432. dagegen Löhr und Vangerow.

nebeneinander zulassen: die Andern glauben, daß der Kaiser manchen Punkt nicht entschieden habe, weil ihn die Gelegenheit des Lebens und das arbitrium judicis entscheiden werde. Donellus[1]) ließ immer den Vater der Mutter vorgehen, und die Mutter soll gar nicht substituiren, wenn sie wieder geheirathet hat. Sichard, Perez wollen, daß Jeder über das Vermögen substituire, was er dem Kinde hinterlassen habe, die Practiker gingen darauf ein (Voet, Lauterbach), und Unterholzner frischte die Meinung besonders auf, aber sehr auffallende Folgen treten daraus hervor. Auch v. Löhr[2]) schloß sich im Ganzen an, und Fritz in der fünften Ausgabe von Wening behauptet, die Constitution habe nur den Ascendenten das Recht geben wollen, eine fideicommissarische Substitution über den Pflichttheil zu machen, welchen sie ihrem blödsinnigen Kinde nicht entziehen konnten.

Thibaut und Mackeldey wollen die Testamente beider Eltern so nebeneinander halten, daß die Erben als coheredes stehen: der nähere Ascendent solle aber natürlich vorgehen. Mühlenbruch will in der neuesten Ausgabe, daß die Mutter auch hier dem Vater Respect beweise und Haimberger XII. Band des Archivs glaubt, daß Alles ex eventu beurtheilt werden müsse, d. h. daß das Testament desjenigen Ascendenten gelte, welcher am längsten gelebt habe, schon deshalb, weil er das letzte Testament hätte machen können.

In der That scheint uns die Sache historisch so zu stehen, daß ursprünglich die Dispensation bestimmte, welchem der Groß- und andern Eltern das Testirrecht zustehe, und wobei vielleicht auch auf die gestellte Bitte der Umfang und die Art des Vermögens bezeichnet wurde: in der all-

---

1) Ad hanc constit. tom. IX.

2) Archiv V. 3. IX. 7. Puchta in den Erlanger Jahrbüchern V. S. 284. v. Vangerow S. 186.

gemeinen Constitution aber ist blos gesagt, es solle hier nach der bekannten Regel der Pupillarsubstitution verfahren werden [1]), was immerhin der Richtungspunkt bleiben muß, weil sonst der unrömische Gedanke entstehen müßte, daß der Testator nur ein Codicill, und in der That kein Testament über des Geisteskranken Vermögen machen würde. Dabei änderte nichts:

a) Daß nicht blos der Vater, sondern jeder Ascendent substituiren könne, denn es war dies keineswegs als ein gleiches Recht gegeben, sondern die Umstände allein sollten, wie früher, bei der Dispensation, so auch jetzt ex arbitrio entscheiden, und Justinian setzte dieses offenbar voraus. Die Person und der Grund des Rechts (paritas rationis) können ja in der That verschieden seyn.

b) Wenn dabei die Rechte des Testators beschränkt sind, so geschieht dies keineswegs, um sein Testirrecht zu vernichten, sondern nur, weil früher in der Dispensation Vorsorge getroffen wurde, daß auch jetzt hier ein gewisser allgemeiner Maasstab bestehe. Und wenn hier die Mutter einen uterinus einsetzte, und vielleicht den consanguineus übergieng, so mußte sie ihre wohl erwogenen Gründe, jedenfalls das Recht ihres arbitrii geltend machen, und es war dies im elterlichen Gefühle keineswegs ein unleidliches Recht.

c) Daß Collisionen entstehen mochten, war natürlich in dem Geiste des mehrere Personen berechtigenden Gesetzes: allein in concreto mußten diese alle schwinden; und so ist sicher von allen anerkannt, daß der unmittelbare Ascendent dem mittelbaren vorgehe, schon auch nach andern Rücksichten der hier einschlagenden Pietätspflichten, z. B. der Alimentation und Dotation; ferner, daß wenn beide Eltern testiren, wohl derjenige vorgeht, welcher am längsten lebt, und durch ein neueres oder ein sein früheres Testament bestättigendes Testament gleichsam die jüngste Anordnung

---

1) §. 1. J. de pup. substit.

macht, und wobei wir endlich nicht einmal läugnen wollen, daß unter Umständen zwei Testamente nebeneinander bestehen, und das Vermögen unter die Erben der beiden Testamente vertheilt werde. (Prätorischer Sinn.)

d) Daß blos Codicille gemacht werden, die sogar nur über das Vermögen des Testirenden, oder wie Fritz meint, nur über den Pflichttheil, welchen der Testator aus seinem Vermögen hinterlassen mußte, gehen, ist eines Theils dem Begriffe des Testaments zuwider, und führt abermals in eine Unsicherheit der Meinung selbst, wornach nämlich der Testator sich besonders über den Pflichttheil ausdrücken mußte, worüber als gerade über die Hauptsache der ganzen Einsetzung kein Wort in den Stellen selbst steht.

e) Sowie die Pupillarsubstitution durch die Erlangung der Mündigkeit, so soll die Quasipupillarsubstitution durch die Erlangung der Gesundheit verlöschen, so daß man sieht, der Haupttypus des klar aufgestellten Principes findet überall statt.

f) Das Willkührliche, was nach unserer Ansicht vorkömmt, muß sich leicht aus der concreten Natur des Falles bestimmen, und unter 100 Fällen wird nicht Einer dieses Willkührliche darbieten: dagegen treten die einseitige Hinweisung auf das Object der Testirung, die beständig gleiche Willkührlichkeit, die theilweise Institution, das Nebeneinanderbestehen des Testaments- und Intestaterbrechts, die sonderbare Codicillirung, welche gar kein Testament ist, auf der Seite unserer Gegner sehr bestimmt hervor[1]).

§. 598.

Einige besondere Grundsätze der Pupillar- und Quasipupillarsubstitution.

I. Auch in Beziehung auf das Pupillarvermögen kann der

---

1) Ueber die Verbindung der Pupillar- und Quasipupillarsub-

Pupillarsubstitut ein suus und necessarius [1]) seyn. Wenn ein solcher Substitut für das Vermögen des Vaters abstinirt hätte, so kann er doch als Pupillarsubstitut einrücken, weil die Abstinenz nicht weiter geht, als inwieweit sie erklärt ist [2]). Wenn das väterliche Testament omissa causa testamenti zusammenfällt, so hat doch der Intestaterbe die Pupillarsubstitution [3]). Die Substitution kann auch auf eine geringere Zeit gestellt werden, als auf die ganze Impubertät [4]). Dem impubes und seinem Substituten können keine Legate aus des Vaters Vermögen auferlegt werden, außer es würde ein Bruder vorerst beerbt, der väterliches Vermögen erworben hätte [5]). Wenn einem Pupillen substituirt wird, und dieser expost arrogirt wird, so könnte man freilich sagen, daß die Substitution erlösche; allein wenn der arrogator, der natürlich selbst nicht substituiren kann, in der Cautionsleistung an den Pupillarsubstituten gebunden war, so konnte doch der Substitut gerade durch diesen Weg sein Recht geltend machen, oder es können dieses unter andern Umständen actione utili die Intestaterben [6]).

II. Auch furiosis, welche dilucida intervalla haben, kann substituirt werden, doch muß natürlich das in dilucido intervallo vom furiosus selbst gemachte Testament vorgehen. Nach unserem Principe müssen wir annehmen, daß der Quasipupillarsubstituent sich selbst ein Testament mache, weil hier überall die Analogie entscheidet, und soferne der Sohn als Intestaterbe auftrit, was jetzt freilich bei dem furiosus

---

stitution in einem Testamente, namentlich von der Mutter, mein Erbrecht I. S. 402 ff.

1) l. 10. §. 1. l. 2. §. 4. D. h. t.
2) l. 41. D. 29. 2.
3) l. 2. §. 1. D. h. t.
4) l. 21. D. eod.
5) l. 11. §. 8. D. 35. 1. l. 87. §. 7. D. eod.
6) Cujac. quaest. Papin. tom. IV. pag. 751. l. 40. D. h. t. Wening §. 464. in der Note y. Mühlenbruch XL. Bd. S. 408.

leichter möglich ist, wie sonst, die andere Meinung gefödert wäre. Allein wir wissen dabei, wie unsicher es sonst war, den furiosus zum Intestaterben zu machen! Ob das Kind, welchem man substituiren könne, nicht bona mente enterbt werden könne, ist zwar an sich streitig, nach unserer allgemeinen Ansicht aber wohl zulässig. Uebrigens herrscht bei dieser Substitution immer mehr natürliches Recht und natürliche Pflicht [1]).

Sehr bestritten ist es, wie es stehe, wenn dem Kinde ein suus als postumus, d. h. nach der Substitution geboren wird. Viele sagen — wenn ein Descendent des Kindes eingesetzt sey, so thue diese Geburt nach dem Geiste des ganzen Rechts nichts: Andere sagen, die l. 43. pr. D. 28. 6. herbeiziehend, jede Geburt eines suus, selbst wenn ein Descendent eingesetzt wäre, rumpire die Substitution. Jedenfalls ist daher als gewiß anzunehmen, daß, wenn ein Descendent nicht eingesetzt ist, die Ruption erfolgen müsse [2]).

§. 599.

Von andern Substitutionen.

Daß auf prodigi das Recht der Substitution nicht ausgedehnt werden kann, obgleich Einige, z. B. Voet lib. 28. tit. 6. §. 27. darauf achten, ist bekannt. Dagegen kann einem Taubstummen substituirt werden, wenn dieser nicht selbst testiren kann, aber da hiefür keine allgemeine Constitution gilt, nur nach erlangter Dispensation. In derselben wird daher anzugeben seyn:

1) Wer das Recht zur Substitution habe.

2) Worüber es ausgeübt werde, wobei dann

3) im Allgemeinen immer die ordentlichen Formen des Testaments eingehalten werden müssen, und keineswegs die blose Codicillform zureicht. —

---

1) Mein Buch I. S. 405 ff.
2) Mein Buch I. S. 406.

§. 600.

Von der aus der äußeren Form abgeleiteten Natur des Testaments.

Wenn Jemand suos oder postumos hatte, so kam es im ersten Falle nur zum Testamente, um diese auszuschließen und extranei vorzuziehen, wo dann für Jene die Testamentsform selbst ohne Bedeutung war, wenn sie nur nicht präterirt sind; der suus konnte nur mit dem Ausdrucke si volet oder sonst als Miterbe mit einem extraneus eingesetzt, oder es konnten ihm, wie einem extraneus, Legate aufgegeben seyn: der postumus sollte auch als Testamentserbe instituirt werden können, natürlich nach der Richtung der extranei, und so hat die Richtung von der Testamentsform hier ihre rechte Stelle in der Natur des Testaments.

Man ist ungewiß, ob das Testament in den Comitien dereinst teste vel jubente populo, ferner ob es in den Centuriat- oder Curiatcomitien gemacht worden sey [1]. Das testamentum in procinctu geschah vor dem unter den gewöhnlichen Auspicien versammelte Volk, wenn es auch nur aus den juniores für die juniores bestand. Das später aus der Zeit der ersten Imperatoren hervorgegangene Militärtestament beruht auf ganz andern Grundsätzen. Ob und wie die Plebejer vor den XII. Tafeln zur römischen testatio kamen, ist ganz ungewiß; später scheinen die Patrizier wegen der sacrorum detestatio vielleicht eine besondere Einrichtung erfodert zu haben. Alles dieses ist höchst ungewiß: aber sicher ist, daß durch das Mancipationstestament eine allgemeine civilrechtliche, von sacris verschiedene Legalform aufkam, an der man sich für alle Folge forterhielt [2].

Bei dem Mancipationstestament blieb das alte Recht,

---

1) Trekell de origine atque progressu testamenti factionis. Lips. 1739.

2) Gajus II. §. 101. seq.

aber die Form war eine Handlung unter Lebenden — also nicht blos ein Gesetz, sondern eine Vertragsform — von Todeswegen. Allein es betrifft dies blos den color der Form und es ist nichts Entsprechendes daraus abzuleiten [1]). Ueber die Person des familiae emtor ist einige Divergenz entstanden [2]), zuletzt war er Figurant [3]), und das Vertragsmäßige bezog sich nicht auf ihn, als vielmehr auf den wirklichen Erben, der seinem Erblasser gegenüber Universalsuccessor, den Miterben und andern Betheiligten aber quasi ex contractu verhaftet war. Als ein wirklicher heres in den tabulis ernannt wurde (secretum voluntatis), welcher absens seyn sollte, während der familiae emtor bei der Mancipation war, sah man wieder besser ein:

1) Daß das Testament eine einseitige Anordnung ist.

2) Daß zur Aufhebung desselben keine Remancipation gehört.

3) Daß keine Obligation zwischen dem Erblasser, familiae emtor und dem Erben selbst entsteht.

§. 601.

Prätorische Weiterentwickelung.

An das secretum ultimae voluntatis schloß sich die prätorische Wirksamkeit an [4]): freilich ist dann die Frage wichtig, ob man jene secreta schon in den Comitien hatte, oder erst in der Mancipationszeit [5]). Was das potissimum

---

1) Aehnlich, aber nicht ganz so Schrader in Hugo's Magazin V. Bd. S. 152.

2) Puchta in seinen Institutionen; nicht ganz richtig Glück im Comm. 34. Bd. S. 237., siehe mein Buch I. S. 409 ff., ferner Mühlenbruch 38. Bd. S. 265. Note 45.

3) Daher hieß es von ihm heredis loco sey er.

4) Cicero in Verrem I. 45. Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege (d. i. nach dem Mancipationstestament) oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

5) Trekell Cap. 2. §. 18.

in der Stelle bedeute, ist ungewiß [1]). Vielleicht konnte unter günstigen Umständen der Intestaterbe den b. possessor testamento verdrängen, so, daß dann das potissimum auf die b. pio cum re geht. In jener Zeit gab es also zwei Testamente, die mancipatio mit nuncupatio heredis, wo die letzte eine Erklärung vor 5 Zeugen war, weil nur zur mancipatio der familiae emtor und der libripens gehörte — und das Vorzeigen der tabulae signatae vor 7 Zeugen, wo es auf die mancipatio und nuncupatio nicht ankam. Als die mancipatio aufhörte, war oft die nuncupatio heredis genügend, und es kamen Testamente mit 5 Zeugen vor; aber auch ohne förmliche nuncupatio directis verbis, oder der Prätor gab vielleicht auf diese die b. p., was aber sehr zweifelhaft ist [2]), doch fünf Zeugen genügten hier schwerlich, sondern sieben, weil hier die alte civilrechtliche Mancipationsform präsumirt wurde [3]). Ueber die b. pio konnte zuerst der Prätor cognosciren, und daher kam es, daß auch aus älteren Testamenten dieselbe gegeben ward, wenn das letzte vernichtet war, oder daraus Niemand b. p. suchte, denn es handelt sich hier von der Gültigkeit der Urkunde selbst und an sich [4]); ebenso war es denn auch, wenn ein materieller Punkt die b. pio infirmirt hat, z. B. agnatio postumi, arrogatio testatoris, dieser letzte Punkt aber weggefallen ist, und so ist es gekommen, daß da, wo im alten civilrechtlichen Systeme eine Vernichtung stattgefunden hatte, gerade im Geiste der prätorischen Einrichtung geholfen werden konnte [5]).

Auf diese Art kam es denn, daß ein neuer Weg der Entwickelung, zuerst in concreto versucht, dann zu abstrac-

---

1) A. M. hat Schrader über die Rechtsgeschichte von Gajus S. 31.

2) l. 2. Cod. de b. p. sec. tab.

3) Mein Buch I. S. 416.

4) l. 41. §. 1. D. 37. 11.

5) Dernburg über Testamente §. 26.

ten Resultaten, besonders unter den Kaisern, erhoben, ausgebildet wurde.

§. 602.

Vom Testamente unter Theodos II.[1])

Die Signirung der tabulae war auch bei dem secreto tabularum keineswegs im Civilrechte nöthig, sondern nur im prätorischen Rechte. Aber es ergab sich daraus ein Zweifel an der Identität der tabulae[2]), daher bestimmte der Kaiser:

1) Daß, wenn man den Zeugen seinen Willen nicht eröffnen wolle, die Scriptur von allen sieben Zeugen gesiegelt und unterschrieben seyn solle[3]). Das Testament aber könne auch von einem Andern geschrieben seyn, wenn nur die subscriptio des Testators dazu komme[4]).

2) Dadurch aber wollte Theodosius die alte prätorische Richtung nicht aufheben, sondern nur ein Mittel geben, daß gegen die Identität des Testaments und die Untersiegelung der 7 Zeugen mit ihrer Individualität keine Zweifel vorkamen[5]).

3) In ähnlicher Weise verfügte Theodosius II. hinsichtlich der Codicille, aber hier offenbar den alten Gerichtsgebrauch verändernd und eine gewisse Form vorschreibend, wovon weiter unten.

---

1) Unter den Novellen des Kaisers, ed. Gothof. Ritter. tom. VI. part. 2. pag. 29. Hugo tom. II. pag. 1251.

2) v. Savigny Zeitschr. I. Bd. S. 84 ff.

3) Ob die Beifügung des Namens des Signanten, wie bei uns, von ihm selbst kommen müsse, ist zweifelhaft, wobei man jedoch nur die subscriptio und superscriptio unterscheiden muß.

4) Der Testator mußte selbst unterzeichnen.

5) Also die prätorische Form ist dadurch nicht abgeschafft. Mein Buch I. S. 420. 421. Der Kaiser ließ ja auch die mündliche Form und gewiß mit prätorischer Anerkennung bestehen.

§. 603.

Justinianisches Recht.

Vieles stand unter Justinian gerade in der vollkommensten und allseitigsten allmähligen Rechtsentwickelung, so auch die Lehre von der Form der Testamente. Man konnte, wenn man wollte, das alte Mancipationstestament machen, und im secreto voluntatis fünf Zeugen brauchen [1]) (§. 661.) man konnte die prätorische Signatur der 7 Zeugen anwenden, und sowohl die schriftliche Form, als die Erklärung in mündlicher Art vor 7 Zeugen, wie schon Gordian erklärt, man konnte auf theodosianische Art testiren und codicilliren, und endlich entschied Justinian noch selbst und besonders, daß, wenn der Testator das Testament geschrieben habe, seine Unterschrift nicht nöthig sey [2]). In der Uebung scheinen freilich gewesen zu seyn, das theodosische schriftliche, und das prätorische signirte, ferner das mündliche. Justinian aber konnte in seinen Pandecten Stellen aus allen Zeiten der Testamentsform zulassen [3]). Gewiß ist es indessen, daß, wie Justinian selbst erzählt, die prätorische Form in Abnahme kam, und man schriftliche und mündliche Testamente in neuer Weise machte: allein auch hier genügen für uns nicht die neuen Constitutionen des Kaisers Justinianus, sondern von den Glossatoren her schon wurde Vieles eigenthümlich neu aufgefaßt, in unserer Praxis verarbeitet, und unser gegenwärtiges Recht ist in der That ein Recht der Praxis [4]).

---

1) Es war dieses nicht, wie Einige glauben, unter Arcadius und Honorius abgeschafft.

2) l. 28. §. 1. Cod. 6. 23.

3) Mein Buch I. S. 423.

4) Mein Buch I. S. 424.

§. 604.

Von den Zeugen im Allgemeinen und von der Einheit des actus.

I. Der actus ist ein solennis [1]) in der Art, daß Testator und Zeugen in Hinsicht auf die Einheit des Orts und der Zeit versammelt bleiben, bis der Act geschlossen ist (uno eodemque die) [2]).

II. Was die Zeugen angeht, so kann nur eine Mannsperson hier hervortreten: ferner nur ein mündiger, und zwar hielt man sich immer noch an den alten Grundsatz, ut cum ipso sit testamentifactio [3]), also er muß überhaupt testis seyn, und nebenbei selbst erben können, wie uns hier das Wort auszulegen scheint [4]). Auch nicht taub oder stumm oder taubstumm darf der Zeuge seyn, weil hier Alles auf den alten Begriff der testamentifactio ankömmt. Blinde aber können Zeugen seyn [5]). Fremde können nach neueren Ansichten seit Friedrich II. Zeugen seyn; allein es wird doch hier viel auf die allgemeinen Grundsätze des besonderen Staatsrechts in den einzelnen Staaten [6]) ankommen. Endlich gehören hieher diejenigen, welchen das commercium entzogen ist, wobei wieder manche Scrupel vorkommen, z. B. über solche, welche sich selbst einen Curator gesucht haben. Wird ein Gewaltunterworfener instituirt, so kann natürlich auch nicht sein Vater Zeuge seyn, und nicht ein Bruder, der mit Jenem in derselben Gewalt steht, auch darf

---

1) Auch virilis und civilis. Schulting ad Ulp. fragm. tit. 20. §. 7.

2) Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift IV. Band Nr. 4.

3) Mein Buch S. 427.

4) Siehe über Pasquillanten, Zinswucherer, mein Buch I. S. 428.

5) S. 429. A. M. Glück XXXIV. Bd. S. 295 ff.

6) Mein Buch S. 431. 432.

der Zeuge nicht in der Gewalt des Testators, noch der Testator in der Gewalt des Zeugen [1]), noch der Zeuge mit dem Testator in desselben Vaters Gewalt seyn. Aber zwei derselben Gewalt Unterworfene können nebeneinander Zeugen seyn [2]). Der Schreiber ist ein besonders guter Zeuge [3]).

Legatare und Universalfideicommissare sind gültige Zeugen Selbst ein in re certa eingesetzter Erbe kann ein solcher seyn [4]), denn ein solcher ist Legatar. Wenn 8 oder mehrere Zeugen da sind, so kann das Testament gültig werden, wenn der etwa zum Zeugen gebrauchte Miterbe verzichtet. Wenn ein Zeuge expost unfähig wird, so schadet es Nichts; aber hat der Testater sich über eine nothwendige Eigenschaft des Zeugen geirrt, so schadet dies allerdings, denn es ist eine ignorantia juris [5]).

§. 605.

Schriftliches Testament.

In der neuesten Zeit sind allerlei Bedenken entstanden:

1) Ueber die Unterschrift der Zeugen. Derselbe mußte schon im prätorischen Testamente proprium chirographum [6]) anwenden, und nun wird behauptet, sein Name habe 2mal angedeutet seyn müssen; allein schon bei Theodosius und in seiner Constitution scheint dieses nicht vorgekommen zu seyn, und ist jetzt keineswegs mehr practisch.

2) Ueber die Beifügung des Datum. Dies kam auch bei den prätorischen und späteren Testamenten nicht vor, weil eben Alles auf die mancipatio zurückgeführt wurde.

---

1) Glück XXXIV. Bd. S. 369. wegen l. 20. §. 2. D. 28. 1.
2) l. 17. D. eod. §. 8. J. de test.
3) l. 27. D. eod.
4) Nach l. 13. Cod. 6. 24.
5) §. 7. J. h. t.
6) l. 30. D. 28. 1. Glück XXXIV. Bd. S. 275.

3) Aber die materielle Perfection des Testaments [1]) muß vorliegen, jedoch der Erbe braucht vom Testator nicht geschrieben zu seyn [2]).

Die Regeln sind also folgende:

A. Der Testator, wenn er nicht das ganze Testament geschrieben hat, soll in Gegenwart der 7 Zeugen unterschreiben — hat er daher einen testamentarius angenommen, so kann dieser auch schon früher das Testament fertig machen, aber die Perfection geschieht dann durch die Subscription des Testators. Hat der Testator nicht geschrieben, so muß er die Subscription in Gegenwart der Zeugen von einem achten wirklichen Zeugen vornehmen lassen, dessen Individualität, wie überhaupt bei den Zeugen beschaffen seyn muß.

B. Der zweite Punkt der Perfection ist die Unterschrift der Zeugen, mit der Signatur. Wenn ein Zeuge nicht schreiben könnte, so muß er Zeichen machen, und ein andrer Zeuge muß dies bekräftigen, denn daß nur schreibfähige Zeugen gewählt würden, ist nicht vorgeschrieben.

Unrichtig ist es endlich, daß man behauptet hat, wenn ein achter Zeuge für den Testator unterschreibe, so müßte das Testament vorgelesen werden, theils der Sicherheit an sich wegen, theils der Analogie zum Testamente eines Blinden wegen [3]), wie schon Andere gehörig widerlegt haben. Daß der Testator bemerkt habe, wie er das Testament selbst geschrieben habe, ist nicht nothwendig, wenn man nur aus einzelnen Wendungen der Sprache sieht, daß es seine eigene Scriptur sey.

§. 606.

Mündliches Testament.

Die Zeugen müssen die Sprache verstehen, in welcher

---

1) D. h. daß das Testament ganz abgeschlossen ist, wobei es auf Nachträge nicht ankömmt.

2) Nov. 119. c. 9.

3) Siehe Thibaut im Archiv VI. Bd. 12. Abhdl.

der Testator verfügt. Bei dem alten testamento per nuncupationem mußte die Erklärung in lateinischer Sprache geschehen, und es schadete Nichts, wenn ein Zeuge die lateinische Sprache nicht verstand. Jetzt aber müssen der Erbe und die Vermächtnißnehmer wenigstens so bezeichnet seyn, daß sie im Vergleiche mit demjenigen, was in einer schedula steht, vollkommen erkannt werden können. Doch sind hiefür die Aussagen der 7 Zeugen nicht nöthig, sondern es genügt, wenn der Beweis auf gewöhnlichem Wege, also durch Vergleichung der Aussage von zwei Zeugen an sich, namentlich auch über die Formalität des actus und über den materiellen Inhalt im Verhältniß zur schedula geschieht. Wenn die Zeugen expost eine Urkunde für sich und zur Verständigung unter sich aufnehmen, so ist dieses kein schriftliches Testament, und wenn Einer davon sie geschrieben hätte, welcher Legatar [1]) wäre, so würde er dadurch nicht gegen das SC. Libonianum gefehlt haben.

§. 607.

Mündliches Testament eines Blinden.

Hier ist zu bemerken:

1) Daß der Blinde genau und mündlich angebe nomina heredum und auch noch dasjenige zu dem Namen, was allen Zweifel über die rechte Person, welche er meint, heben kann. Dasselbe gilt für die Vermächtnißnehmer, für die Bezeichnung des Objects in Hinsicht auf Erbschaft und Vermächtnisse [2]). Dasselbe gilt auch für Vermächtnisse in Codicillen eines Blinden.

2) Daß immer ein instrumentum von den Zeugen errichtet werde. Wäre das Testament des Blinden schon vorher geschrieben, so kann dieses vorgelesen und von den Zeu-

---

1) Würde er Erbe seyn, so wäre er kein gültiger Zeuge.
2) l. 8. pr. Cod. 6. 22.

gen unterschrieben und gesiegelt werden. Ein tabularius oder ein achter Zeuge muß die Scriptur vorlesen, und ebenfalls subscribiren und signiren. Das SC. Libonianum ist aber auch hierher nicht anwendbar. Wäre das Testament noch nicht geschrieben, so muß es erst expost durch einen tabularius oder achten Zeugen in scripturam gesetzt werden, und alle müssen es unterschreiben und besiegeln [1]).

§. 608.

Oeffentliches Testament.

I. Bei den Römern wurde ohne Rogation der Zeugen ein Testament errichtet, wenn man vor dem ohnedies von gleichsam öffentlichen Zeugen besetzten Stadtrath erscheint, wo der Rathsschreiber die Erklärung aufnimmt [2]). Das Aufnehmen in scripturam scheint hiernach bald als die Hauptsache angesehen worden zu seyn, woher man das Testament actis publicatum nannte. So wurde denn allmählig bei jedem Richter die fides actorum publicorum die Grundlage: und so ist durch das ganze Mittelalter bis in unsre Zeit verfahren worden [3]). Endlich hat man auch hier zugelassen, daß selbst ein secretum ultimae voluntatis sogar durch einen Stellvertreter dem Gerichte überreicht werde. Allein hier ist mehreres streitig, denn:

a) Das secretum muß jedenfalls wie bei einem Privattestamente angesehen werden, d. h. wenn auch die Zeugen nicht gebraucht sind, so muß doch einerseits der Testator für die Sicherheit der Anordnung durch eigene Schrift oder Unterschrift gesorgt haben, auch muß der Schreiber nicht sich selbst etwas zugeschrieben haben [4]).

---

1) Marezoll bei Löhr Mag. IV. Bd. S. 169. s. auch Notariatsordnung §. 9.

2) l. 19. Cod. h. t.

3) Meine Abhandlung in meiner Zeitschr. II. S. 36. ff.

4) Ein Fehler gegen das SC. Libonianum, welches offenbar auf solche secrete Gerichtsform Anwendung hat s. meine Abhdl.

b) Viele wollen diese Art öffentlichen Testaments gar nicht zulassen [1]), theils weil sie ursprünglich nicht standfand, theils weil die Unmittelbarkeit des Testators verloren gehe, allein unsre Praxis ist einmal darauf eingegangen, wenn nur nach unsrer Ausfertigungsweise das secretum ultimae voluntatis auf der einen Seite und die Bevollmächtigung auf der andern Seite in vollkommener Ordnung ist. Wenn ein solches Testament aus dem Gerichte zurückgenommen wird, so folgt daraus noch nicht seine Vernichtung, wenn nur an den Formalitäten Nichts fehlt; es kömmt vielmehr Alles auf das Vorhaben des Zurücknehmenden an. Im Uebrigen ist bei der Aufnahme solcher Testamente in Deutschland Alles particularrechtlich oder gerichtsgebräuchlich.

II. Wird das Testament als Supplik dem princeps übergeben, so bedarf dasselbe nicht der geringsten Förmlichkeit, aber geschieht die Erklärung mündlich, so muß sie in öffentlicher Audienz vorgehen [2]). Bei der schriftlichen Erklärung kömmt es auf die Observanzen an. Zweifelhaft kann seyn, wie es mit demjenigen zu halten sey, der das Testament schreibt und sich selbst etwas zuschreibt. Viele behaupten, dies könne nicht schaden, da der princeps schon aus der Zeit des Kaisers Augustus her als Fiduciar erscheine [3]). Oft ist angenommen worden, ein Testament vor dem princeps sey gültig, auch wenn es an der testamenti factio fehle [4]): allein aus der Stelle ist nur soviel zu entnehmen, daß, wenn der princeps eine Dispensation geben muß, wie z. B. bei einem Taubstummgebornen, die Dispensation in der Annahme des Testaments stillschweigend gegeben ist [5]). Ueberhaupt richten sich alle diese Formen

---

1) Z. B. Mühlenbruch §. 664. Note 5. mit vielen Andern.
2) l. 19. Cod. h. t.
3) §. 1. J. 2. 23.
4) l. 19. i. f. Cod. cit.
5) Meine Zeitschrift a. a. O. S. 39.

mehr nach der Praxis, auf welche schon die Glossatoren und mehr noch die spätern Practiker die Erklärung des corpus juris hingeführt haben: weshalb man auch nicht mehr annehmen kann, der princeps sey jetzt Fiduciar.

Gleichsam ein öffentliches oder gewissermaßen gerichtliches Testament, wenn auch vor einer Art von Schieds- oder commissarischen Gericht ist das testamentum juris canonici [1]).

§. 609.

Von den sogenannten privilegirten Testamenten.

Den Uebergang zu diesen im Corpus juris nicht indicirten Formen machte das Militärtestament. Allein so sehr dieses auch in den Zeiten der Kaiser verändert worden, so kann man es doch nicht sowohl ein privilegirtes Testament nennen, sondern muß vielmehr behaupten, daß es in Form und Inhalt auf einem ganz neuen typus beruhe und überall zu eigenthümlichen Resultaten führe. Bei den andern später in Rücksicht auf die Form hierher gezogenen Testamenten ist die Frage nicht sowohl um gewisse Grundsätze als vielmehr um die Remittirung einiger Solennitäten gestellt: über welche man nicht selten sehr streitig ist; keineswegs aber handelt es sich um den Inhalt und die Erbeinsetzung, weshalb diese Lehre in der That als Anhang zu der Testamentsform hierher gehört.

§. 610.

Das testamentum parentum inter liberos.

Eigentlich war die Frage immer die, wann ist dieses Testament der Solennität nach perfect? Man hatte hier immer den Gedanken, daß ein auch nur vor fünf Zeugen er-

---

1) Glück XXXIV. Bd. S. 180.

errichtetes Testament gültig sey, wenn die nächsten Intestat-Erben eingesetzt worden, so daß ein früheres Testament dadurch aufgehoben werde [1]). Es ist dies offenbar ein im Systeme der neuen Codicille angenommener Grundsatz [2]) und kömmt schwerlich aus den alten Gebräuchen. In der Folge ist oft gefragt worden, ob die unterlassene Solennisirung des Testaments der Eltern für ihre Kinder nicht auch gewissermassen ein testamentum imperfectum sey [3]), und vielmehr ein bloßes Codicill, und gewiß ist, daß oft die bloße Theilungsabsicht der Eltern in Betracht kömmt: allein im Ganzen muß man doch zwei Acte schon im römischen Rechte unterscheiden, nämlich

I. das testamentum parentum inter liberos (man vergl. l. 21. §. 1. Cod. 6, 23. l. 26. Cod. 3. 36. Nov. 107.) wo wirklich eine vollkommene Verfügung unter den Kindern vorgenommen wird, und auch eine Enterbung möglich ist [4]).

II. Das judicium arbitrarium divisionis nach Nov. 18. c. 7. wo blos Nachträge und Einwerfungen verfügt und eine Abtheilung des Vermögens vorgenommen wird. Hier soll der Vater eine Urkunde ausstellen, oder einen Vertrag

---

1) l. 21. §. 5. Cod. de testam. vergl. l. 2. D. 28. 3. Marezoll bei Löhr Mag. IV. Bd. S. 173. Mühlenbruch XXXVIII. Bd. S. 364. ff.

2) Die Zeugen brauchen nicht zu unterschreiben mein Erbrecht I. S. 469. Aber es ist kein wirkliches Testament. Doch von Verfügungen für extranei, für Pupillarsubstitutionen kann hier nicht die Rede seyn.

3) Euler dissert. d. h. a. Berol. 1823. Fritz Entwickelung, Gießen 1822. Müller d. h. a. Lipsiae 1826. Gothofredi Comm. und tit. Cod. tom. hoc. t. I. pag. 223.

4) Keine quasi voluntas ultima intestati... Die deletio der Urkunde aber gilt nach allgemeinen Grundsätzen als Aufhebung des Testaments. Aber solange das Testament besteht, kann es nur durch ein solennes Testament revocirt werden, damit der Wechsel der Dinge im Bestehen mehrerer Testamente nicht so leicht sey.

unter seinen Kindern errichten, so daß es ein Geschäft unter Lebenden ist, weil wenn der Vater die Urkunde nicht unterschrieben hat, sie die Kinder unterschreiben sollen: und daß auch die Mutter dieses Recht habe. Doch verbindet auch eine vom Vater unterschriebene Erklärung, wenn die Kinder Nichts davon wissen [1]).

In der ersten Hinsicht ist Vieles durch die deutsche Notariatsordnung verbessert worden, es gibt nicht nur ein schriftliches, sondern auch ein mündliches Testament vor zwei Zeugen. Der Testator muß hier das Datum, die Namen der Kinder und ihre Quoten, letztre mit eigner Hand geschrieben haben; aber der Testator braucht das Testament nicht unterzeichnet zu haben. Eine clausula derogatoria soll aber durch ein elterliches Testament nicht zurückgenommen werden [2]).

Leider finden wir in den späteren griechischen Schriften Nichts Erklärendes über diese Formen [3]): namentlich nicht über die Einsetzungen dritter, wo offenbar wahre Codicille vorhanden sein müssen.

§. 611.

Das Testament unter Eheleuten.

Die Eheleute bei den Römern mußten durchaus bei dem gewöhnlichen Rechte bleiben. Erbverträge sollten auch hier nicht stattfinden, selbst nicht in dem spätesten Rechte [4]). Aber die wechselseitigen Testamente hatten in dieser Richtung vielleicht ihren Anfang, obgleich sie in Deutschland weiter ausgedehnt sind, und so zu sagen, jetzt in einer Art besondrer Richtung vorkommen.

---

1) Mein Buch S. 463. ff.
2) Fritz §. 44 Euler §. 75—78.
3) Mein Buch I. S. 467.
4) Harmenopulos lib. 1. tit. 9.

§. 612.

Testamentum mutuum vel reciprocum et correspectivum.

Ein testamentum mutuum, reciprocum ist vorhanden, wenn zwei Personen zusammen ein Testament machen und einander einsetzen. Ist die Gültigkeit des einen Testaments von dem andern abhängig, was bei reciprocen Testamenten, die in einem Acte gemacht werden, nicht als captatio sondern als casus der Liebe und Zuneigung angesehen wird, so heißt das Testament ein correspectivum. Wenn in dieser Richtung der Ueberlebende die Erbschaft annimmt und jure Romano Caution stellt, aber seinen früheren Willen ändert, so deficirt ihm natürlich die Bedingung der Delation. Jedenfalls ist eine doppelte Solennisirung des Testaments nicht nöthig, und darin liegt etwa dasjenige, was wir als privilegium hervorheben könnten [1]).

Man denke nun den Fall, wo das beiderseitige Vermögen als eine Einheit angesehen werden soll, über welche beide Theile verfügen. Abgesehen von der sonderbaren Meinung **Bynkershoeck's** [2]), daß hier zwischen dem Ueberlebenden und den eingesetzten Erben gleichsam als Fideicommißerben eine Gütergemeinschaft entstehe, wornach der Erste doch über seinen Theil zu verfügen frei behalte — nehmen andre statt einer solchen Fiction in der Erbeinsetzung selbst ein universalfideicommissarisches Verhältniß an und zwar so:

a) Daß es auf das Vermögen des früher Verstorbenen gehe [3]), oder

---

1) Mein Erbrecht I. S. 460.

2) Quaest. jur. prin. lib. III. c. 10. (opp. tom. II. pag. 365.)

3) Rhein. Museum III. Bd. 2 — 3. Heft.

b) Daß es auf das beiderseitige Vermögen berechnet sey [1]).

In der ersten Hinsicht geht man davon aus, daß Niemand weiter onerirt werden könne, als er honorirt sey; aber in der That ist dieses eine Restriction gegen den Willen des früher verstorbenen Testators, denn dieser wollte entweder gar nicht testiren, oder vielmehr das beiderseitige Vermögen in das Fideicommiß setzen, und die gegenwärtige Beschränkung ist nicht darauf berechnet, das zu begründen, was der Testator nach römischem Rechte konnte, sondern vielmehr darauf, in der Täuschung bei dieser causa die ganze letztwillige Verfügung aufzuheben. Harprecht [2]) wollte eben deshalb, den eigentlichen Willen des Testators in eine Resolutivbedingung stellen, welche denn wieder nach den Grundsätzen des römischen Rechts wegfallen müßte.

In der andern Hinsicht accomodirt man sich den deutschen Rechtsgrundsätzen, indem nach dem deutschen Erbvertrag das Testament jetzt so ausgedehnt werden könne [3]), oder indem der Erbe jedenfalls mit der Erbschaftsantretung Alles zu halten verspreche, was in der Intention des Testators sey, zumal dieselbe eigentlich doch nur dahin gehe, den letzten Willen beider Theile anzuerkennen, wobei die Verfügung unter Lebenden demjenigen, welcher das Gesammtrecht haben wird, nicht entzogen werde [4]).

Von den Germanisten geschieht es nicht selten, daß sie ihre Gründe auf mehrere dieser Theorieen stützen, die doch gänzlich von einander abweichen.

Wir können diese Lehre nicht anders ansehen, als so, daß der Ueberlebende unter einer Bedingung eingesetzt sey. Von einer Einheit des Willens ist nirgends die Rede, auch

---

1) Makeldey Lehrb. §. 649. Mühlenbruch Comm. zu Glück 38. Bd. §. 1428.
2) Zwei dissertationes Tubingae 1702. 1712.
3) Mackeldey a. a. O.
4) Mühlenbruch a. a. O.

nicht in der Form, indem die einfache Perfection eines doppelten Testaments auch bei den Römern angenommen war. Also ist denn so zu unterscheiden:

a) Ob die Bedingung als suspensiv aufzufassen ist, und zwar nicht nur wegen des ererbten, sondern auch wegen des eigenen Vermögens, denn als Bedingung kann die Sache auch in Hinsicht auf das letztre Vermögen angesehen werden. Dann kömmt der Ueberlebende mit der Caution davon.

b) Ob die Bedingung als Resolutivbedingung aufzufassen ist, wo der Ueberlebende nicht gebunden ist, außer die Testatoren hätten vorsichtig genug ein Fideicommiß geschaffen, wo dann sicherlich das ererbte Vermögen aber nur dieses in die fideicommissarische Richtung gebracht ist.

Offenbar aber ist die erste Richtung im Zweifel schon deshalb anzunehmen, weil sie der Gesammtintention der doppelten Testamentserrichtung in einem actus am meisten entspricht.

§. 613.

Testamentum ruri conditum [1]).

Die Römer haben in der l. ult. Cod. h. t. den Ungebildeten, rusticanis, das Recht gegeben, mit fünf Zeugen zu testiren, worunter auch Schreibunkundige seyn dürfen, so daß dann die Schreibkundigen für die andern unterschreiben; im übrigen ist die Verfügung nur hypothetisch, denn wo diese Unbeholfenheit nicht ist, soll die Regel bleiben. Aus der Glosse und aus den spätern scribentes hat die Notariatsordnung tit. 1, §. 2. geschöpft [2]), und so hat man hier oft ein Testament der Bauern angenommen [3]).

---

1) Mühlenbruch §. 697.
2) Fritz bei Linde V. Bd. 2te Abhdl.
3) In solchen Lehren sieht man recht sehr, was eigentlich die Dogmengeschichte noch im Einzelnen zu leisten hat.

§. 614.

Testamentum tempore pestis conditum.

Die l. 8. Cod. 6. 23. ist nur ein Rescript, und schon deshalb kann man an der Begründung einer eigenen Testamentsform zweifeln. Auch die Glosse nimmt richtig an, daß sich die Stelle auf die Epilepsie beziehe, wo die Zeugen auseinanderlaufen, um später wieder zusammenzukommen. Die Epilepsie heißt auch hier casus major oder morbus comitialis [1]). Gewöhnlich wird angenommen, die Nothwendigkeit einer gleichzeitigen Zuziehung der Zeugen sey erlassen; Cujacius [2]) lehrt, daß die Zeugen auch extra conspectum testatoris unterzeichnen dürfen, glaubt aber, daß die Form ob timorem contagionis, also für den Fall der Pest eingeführt sey, auf die man in Italien oft hingewiesen war [3]).

Sehr viele haben diese Constitution auf andere außerordentliche und Nothstände hinbezogen; allein es fehlt uns durchaus an einer sichern Grundlage [4]).

§. 615.

Testamentum ad pias causas.

Diese im canonischen Rechte anerkannte Form ist zum Besten einer Kirche, eines Klosters oder einer Stiftung eingeführt, und zwar so, daß die Anordnung auch nur vor zwei Zeugen (ob Solennitätszeugen?) geschehen kann. Ob nicht auch durch blose Scriptur eine solche Anordnung bestehen kann [5]).

---

1) l. 28. Cod. eod.
2) Obs. XXVI. 10.
3) Auch die Lesart der Stelle ist bestritten oppresso, oppressos — oppressis.
4) Mühlenbruch §. 697.
5) Mein Buch I. S. 471 ff.

§. 616.

Von jenen Anordnungen, welche in keiner Rücksicht Testamente sind.

Wenn in der letztwilligen Anordnung im Allgemeinen nicht nur Erbeinsetzungen, sondern auch Fideicommisse, Legate, Vormundschaftsbestellungen, andere Verfügungen und dereinst auch Freilassungen stattfanden, so besteht hier etwas Gemeinsames, welches nicht nur so zusammengefaßt werden muß, daß dasjenige, was in der testamentifactio activa et passiva, in Form und Inhalt alle Anordnungen angeht, und also auch auf Fideicommisse und Vermächtnisse zu beziehen ist, angeführt wird, während noch besondere Grundsätze für diese vorkommen werden. Dieses ist gleich hier so zu behandeln, daß man die Form für Fideicommisse, Vermächtnisse und andere Ueberlassungen gleich im Gegensatze zu den Testamenten sieht, um so mehr, als dasjenige, was als Testament nicht bestehen kann, unter Umständen als Codicill wird aufrecht erhalten werden können.

§. 617.

I. Von den Codicillen[1]).

Das Codicill ist eine selbstständige Disposition, welche zwar einen directen Erben nicht ernennen, auch nicht Jemanden enterben, doch sonst den Grundsatz geltend machen kann, Alles Andere auf dem Wege der testamentifactio zu bewirken. Das Codicill geht sowohl an die testamentarischen, als an die gesetzlichen Erben, und setzt voraus, daß ohne eigentliche Testamentseinsetzung auch die Letzteren verbunden werden können[2]). Das Codicill ist seiner Natur nach sehr verschie-

---

1) Mein Buch über Vermächtnisse I. S. 1—73.

2) Sehr eigenthümlich ist das französische Erbrecht: es gründet sich offenbar auf das altdeutsche Recht, und hat nur hie und

den von der schedula, in welcher nur etwas näher demonstrirt werden soll, was schon im Allgemeinen im Testamente oder Codicille steht. Eine schedula kann nur nützen, nicht schaden, denn wird durch diese etwas genauer kenntlich, so ist dieses um so besser: wird aber der Irrthum nicht aufgeklärt, so bleibt es bei dem Alten und dies kann bis zum judicio incerto führen. Die schedula kann den Namen des Erben enthalten, wenn nur sonst ein judicium certum darüber da ist [1]).

Was nun die Codicillsolennitäten betrifft, so behaupten jetzt Danz [2]) und Mühlenbruch [3]) zunächst auf eine neugefundene Constitution sich stützend, (Haubold opusce. vol. II. praef. pag. 151.) daß zu einem Codicille Alles gehöre, was zu einem Testamente nöthig sey: nur statt 7 Zeugen blos deren 5 Aber nach unsrer Ansicht ist in der gedachten Constitution nur promiscue von Testamenten und Codicillen die Rede, und zwar ohne die Solennitäten des einen und andern klar stellen zu wollen, am allerwenigsten, um eine innere Einheit derselben auszudrücken. Es handelt sich daher immer noch von der buchstäblichen Interpretation der theodosischen Verordnung [4]), wozu denn auch ihr bestimmter Sinn gehört, denn

a) die fünf Zeugen brauchen nicht erbeten zu seyn,

---

da römische Ansicht; also ist der einzige Erbe der gesetzliche und alle Anordnungen geben nur Erbnehmer (siehe darüber auch Mühlenbruch XL. Bd. S. 229. in der Note). Daraus folgt, daß hier jedes Testament eigentlich Nichts anders, als ein Codicill ist, wodurch das Codicill in der That die einzige letztwillige Maasregel ist, weil im Ganzen auf die Person des gesetzlichen Erben Nichts ankömmt.

1) Mühlenbruch XL. S. 205. nur muß man gerade hier bemerken, daß das französische mystische Testament etwas ganz Anderes bedeutet.

2) De externa codillorum forma. Lips. 1835. Sein Aufsatz bei Linde IX. Bd. 8. Abhdlg.

3) Siehe Pand. §. 729.

4) l. ult. §. 3. Cod. 6. 36.

denn es heißt ja ausdrücklich, es sey genug, wenn sie fortuito gekommen wären. Ebenso

b) ist nicht nöthig, daß, wenn der Codicillant das Codicill nicht geschrieben hat, er es dennoch unterschreibe. Zwar könnte man in unserm Sinne auf eine solche Beweisrichtung (denn nur so kömmt der Unterschied bei uns vor) achten: allein es wäre dieses ein Vermischen neuer Ansichten mit der älteren Vorstellung, wo die Beiziehung der Zeugen und die Vorlage der Urkunde an die Zeugen die Beweisrichtung selbst enthielt [1]). Vor der Solennisirung des Codicills durch die Vorschrift des Kaisers Theodosius war mit keinem Worte bestimmt, daß der Disponent das Codicill geschrieben haben müsse: nirgends steht, daß das Codicill nach dem Muster des Testaments eingerichtet seyn solle; bei Anordnungen äußerer Formalitäten aber muß man durchaus nicht weiter gehen, als das Gesetz vorschreibt, weil sonst eine ignorantia juris civilis durchaus nicht gerechtfertigt werden könnte.

c) Offenbar soll die Subscription der Zeugen Alles thun, was hier nöthig ist, weshalb auch die Siegelung nicht nöthig ist, wie ja Mühlenbruch selbst zugiebt [2]) und dadurch von seinem Principe abweicht. Also steht blos fest, daß Nichts als letztwillige Anordnung gelte, was nicht durch Unterschrift von 5 Zeugen oder durch eine mündliche Eröffnung an dieselben vollzogen sey [3]).

Außerdem ist die Gültigkeit der Codicille von der Testa-

---

1) Die l. 28. §. 1. Cod. 6. 23. sagt wohl auch im Allgemeinen vom Testament und Codicill zugleich sprechend, daß wenn die Urkunde vom Disponenten geschrieben sey, es keiner Unterschrift desselben bedürfe; allein dies ist offenbar eine Vorschrift für das Testament, die ja auch bei dem Codicille seyn kann, aber nach der Originalconstitution nicht dabei seyn muß.

2) Ist das Codicill ein weniger förmliches Testament?

3) Die Codicille der Blinden können nur mündlich gemacht werden, so daß dann ein Zeuge mehr dabei sey Glück XXXIV. S. 39 ff. Danz a. a. O. §. 2.

mentsfähigkeit des Testirers und des Honorirten abhängig, und daß auch die Zeugen testamentifactio haben müssen, ist wieder gewiß [1]).

Codicille werden entweder neben einem Testamente gemacht, und sind hier bestättigt oder unbestättigt, was jedoch jetzt keine Bedeutung mehr hat [2]), wenigstens für die Erbschaft (für die Tutelarbestellung scheint es zweifelhaft zu seyn) oder sie gehen an die Intestaterben [3]).

Namentlich also muß jetzt auch bei bestättigten Codicillen die Zuziehung der Zeugen für nöthig gehalten werden [4]). Aber gewiß ist, daß testamentarische Codicille mit dem Testamente fallen, wenn nicht im Codicille selbst Vorsicht getroffen ist.

Diese Vorsicht geschieht durch die Codicillarclausel, welche ausdrücklich im Testamente enthalten seyn muß, und auch an die Intestaterben geht [5]).

Mehrere Codicille können übrigens recht wohl nebeneinander bestehen, nur dürfen sie keine widersprechenden Anordnungen enthalten [6]).

Bei der Abfassung der Institutionen fiel es dem Kaiser ein, daß Augustus den letzten Willen liberaler behandelt habe, und so setzte er im §. ult. J. 2. 23. fest, daß, wenn Jemand seinem Erben eine Eröffnung gemacht habe, und dieser das factum nicht abschwören wolle, er bezahlen müsse.

---

1) Mühlenbruch §. 729.

2) Dunius de codic. gegen die beiden Böhmer Vater und Sohn. Mein Buch über Vermächtnisse I. §. 4. 5. besonders S. 22 ff.

3) l. 8. pr. D. 29. 7. Siehe auch l. 7. §. 1. D. eod. Siehe darüber Schulting und mein Buch I. S. 9.

4) Mein Buch I. S. 22. Mühlenbruch §. 729. Note 10.

5) Mein Buch §§. 8. 9. mit den einzelnen Wirkungen, siehe unten §. 681.

6) Daher mehrere Testamente im französischen Rechte, wenn sie solche Anordnungen nicht enthalten.

Ganz richtig führt Mühlenbruch an, daß diese Erklärung nicht per epistolam und nicht per nuncium geschehen könne, aber genug ist es, wenn sie auch an einen von mehreren Erben geschah.

§. 618.

II. Donatio mortis causa.

Nicht zu den letztwilligen actus gehört die donatio mortis causa, sondern sie ist nur ein Geschäft inter vivos mit der Bedingung, daß, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, die Schenkung widerrufen ist. Natürlich begründet sie auch keine successio in universum jus, und ist dadurch dem Codicille ähnlich. Dabei ist sie zu unterscheiden von der mortis causa capio, d. h. von Zuwendungen, die entweder nicht aus dem Vermögen des Disponenten kommen [1]), oder die nicht als directe Erwerbung, sondern unter einer Bedingung Jemanden zu Guten kommen.

Ein Codicill ist eine einseitige Handlung mortis causa; eine Schenkung ist zum wenigsten ein pactum: auch das französische Recht trennt dieses höchst natürliche Verhältniß, und man kann nur materialiter nicht formaliter sagen, daß bei den Franzosen das Verfügungsrecht mortis causa ein bloses Schenkungsrecht sey; ganz in derselben Rücksicht aber ist auch Justinian selbst aufzufassen, wenn er im §. 1. J. 2. 7. sagt: hae donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. So wenig nämlich ein einseitiges Geschäft mit einem zweiseitigen formell unter ein genus gebracht werden kann, so auch ist dies hier nicht der Fall, aber, wie es eben Justinian meint, dem Inhalte, d. h. den darauf sich beziehenden gesetzlichen Verfügungen gemäß sind Legate oder Vermächtnisse überhaupt mit den Schenkungen

---

1) l. 18. pr. 12. D. 39. 6. A. M. ist Cramer dispunct. jur. pag. 72.

gleich[1]). Zwar giebt es nicht Wenige, welche der Ansicht sind, ein zweiseitiges Geschäft könne wohl nicht zum einseitigen gemacht werden, aber in Hinsicht auf äußere Formalitäten könne man doch verfügen, daß dasjenige, was für das eine Geschäft gelte, auch für das andere gelten müsse, und gerade in diesem Sinne sey die l. 4. Cod. 8. 57. und §. 1. J. cit. von Justinian zu nehmen, wornach also Donationen in der Codicillform errichtet werden müßten[2]): allein von Allen dem steht Nichts in den Texten, sondern es ist nur gesagt, daß ein Streit sey unter den Juristen, ob denn die Donationen gänzlich den Legaten gleichgestellt seyen, und hiefür wolle der Kaiser sagen, daß, wenn fünf Zeugen bei der Schenkung adhibirt worden seyen, gegen die Gültigkeit der Schenkung Nichts zu erwähnen wäre. Dadurch aber will der Kaiser weder die Codicillform vorschreiben, die ja nicht allein in den 5 Zeugen besteht, noch dem Donator mehr ankündigen, als daß er mit 5 Zeugen bei der Schenkung hinwegkomme, als ja auch früher immer bei Schenkungen selbst für Lebende Zeugen beigezogen wurden. An eine äußerliche Ausgleichung zweier gänzlich auseinander liegenden Geschäfte ist so wenig zu denken, als an die analoge Anwendung des Formverhältnisses bei Codicillen auf die Donationen.

§. 619.

Fortsetzung.

Natur der Schenkung mortis causa.

I. Der Schenker braucht nicht testamentifactio zu ha-

---

1) Im Allgem. vergl. Archiv II. Abhdl. 31. Haubold in opuscc. vol. I. und Vorrede dazu. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. v. Schröter bei Linde II. Bd. Abhdl. 4. Hasse im rhn. Museum II. Bd. III. Bd. Roßhirt über Vermächtnisse I. 2te Abhdl. Wiederhold bei Linde XV. Bd. 1. Heft.

2) Besonders der zuletzt erwähnte Wiederhold.

ben, daher kann z. B. der filius mit Einstimmung seines Vaters aus dem peculium profectitium schenken, und unbezweifelt dieses auch bei dem pec. adventitium thun, weil die Zusammenwirkung des Rechts des Kindes mit dem des Vaters sowohl in materieller als formeller Hinsicht eine Unität des Willens bildet. Als aber seit der lex Julia et P. P. viele einzelne Beschränkungen gemacht wurden, da hat man nicht im Ganzen, sondern von den Gründen des Einzelnen fortgehend die Sache der incapacitas u. s. w. auf die donationes m. c. bezogen [1]). Eben daher aber fehlte es auch nicht an einzelnen Controversen, die zwar entschieden wurden, aber doch nicht soweit, daß die Natur der Schenkung auch in diesem Punkte verändert worden wäre [2]).

II. Bei dem Beschenkten kömmt es keineswegs auf die regula Catoniana an, sondern es genügt, daß der Beschenkte in dem Augenblicke des Erwerbes fähig sey, also wo er die Sache bekömmt [3]). Wer hieher die l. 4. Cod. beziehen wollte, würde den ganzen Titel der donatio m. c. in den Pandecten über den Haufen werfen, was Justinian gewiß nicht im Sinne haben konnte.

III. Wenn es sich in einigen andern Lehren fragt, wohin diese Donationen zu stellen seyen, ob zu den Legaten oder zu den donationes simplices, z. B. bei der Collation, so ist es doch offenbar klar, daß diese Donationen nur conferirt müssen, wenn Schenkungen, die ja sogar bei dem Leben des Schenkers vollzogen wurden, zu conferiren sind, also nach dem Typus der donationes simplices und nicht der Legate [4]).

---

1) Meine Abhd. I. Nr. 2.

2) Anders denkt hier Mühlenbruch §. 770.

3) l. 22. D. 39. 6. v. Schröter a. a. O. S. 120.

4) Mein Buch I. S. 91. 92.

IV. Nirgends ist in den Quellen davon gesprochen, daß eine Beschränkung in den zur Schenkung überlassenen Sachen stattfinden sollte, ja es soll auch über 500 solidos im Werthe verschenkt werden können, wenn nur die Voraussetzung der Insinuation durch die neue Form gehoben ist. In objectiver Hinsicht sind aber bekanntlich auch die Legate wahrhafte donationes.

V. Die mortis causa donatio fodert Acceptation: es wäre denn die Schenkung nicht unmittelbar an den Beschenkten geschehen, aber dieselbe doch expost zugleich in eine letztwillige Ueberlassung m. c. durch ein Codicill verwandelt. Auch hier giebt es Conversionen, aber man muß die Sache nur nicht so auffassen, als habe Justinian alle solche Feinheiten und natürliche Eigenheiten durch einen ganz der römischen Rechtsweisheit unentsprechenden Federzug vernichtet [1]).

VI. Die Bestättigung der Schenkung durch 5 Zeugen beglaubigt den Act nur als Vertrag, auch in Beziehung auf Insinuation: aber eben deshalb ist dann die Unterschrift der Zeugen nicht nöthig.

Im Uebrigen aber ist gewiß:

A. Daß bei den Schenkungen der Abzug der Falcidischen Quarte [2]) das jus accrescendi statt hat [3]), daß der b. por. contra tabulas auch die Schenkungen verliert [4]), daß

---

1) Die Codicillarclausel ist hier in ihrer Art dienlich, aber ohne solche kein Fideicommiß da, also hat Mühlenbruch §. 771. a. E. (3te Ausgabe, wo das Wort „nicht“ fehlt) nur insoferne Recht, daß die Codicillarform zwar nicht das pactum gültig machen kann, aber der ausdrückliche Gedanke dahin ausgesprochen ist, die Schenkung solle als Codicill gelten, i. e. die Codicillarclausel ist allerdings wichtig und bedeutsam. Siehe auch v. Schröter S. 145 ff.

2) l. 5. Cod. 6. 50.

3) l. 1. §. 14. Cod. 6. 15.

4) l. 3. pr. l. 5. §. 7. l. 20. pr. §. 1. D. 37. 5.

die Erbschaftsgläubiger dem Donatar vorgehen[1]), daß die Indignitätsfälle eintreten[2]).

B. Dem Donatar stehen nicht dieselben Rechtsmittel wider den Erben zu Gebote, wie dem Legatar, und oft bedarf jener gar keine: umgekehrt hebt die querela inofficiosi testamenti wider das Testament des Schenkers die donatio mortis causa nicht auf[3]).

Dabei ist endlich kein Zweifel, daß überall die hier anwendbaren allgemeinen Grundsätze von der Schenkung eintreten. Mit dem deutschen Erbvertrage aber hat dieses Institut nichts gemein. —

Zweiter Unterabschnitt.

Testamentsrecht der milites.

§. 620.

Natur dieses Testaments[4]).

Das Militärtestament, sowie es aus den Zeiten der Imperatoren erscheint, kömmt als reine Autonomie der Soldaten vor. Das Gleiche kann nicht von dem Testamente der pagani gesagt werden, die durchaus vielfachen formellen und materiellen Grundsätzen unterworfen sind. Der Soldat hat auch schon dadurch seinen eigenen Stand, daß die Grundsätze der

---

1) l. 17. D. 39. 6.

2) Mein Buch I. S. 83. und die Geschichte dieser Lehre, denn es soll durch solche Vermächtnisse nicht in fraudem gewirkt werden können: anders bei Schenkungen ohne Rücksicht auf den Tod. Auch hier ist Manches sehr dunkel im französischen Recht. Dieses Recht ist von einer Seite ein Fortgang in der Zeit, aber eben so oft ein Rückschritt in derselben.

3) Mein Buch I. S. 86. Note 2.

4) Mein testamentarisches Erbrecht I. S. 477. Es war bisher ein Mißgriff, das Soldatentestament an die Spitze der übrigen formeigenthümlichen Testamente zu stellen.

sui, der b. p. contra tabulas, des Pflichttheilsrechts und der Nov. 115. auf ihn nicht anwendbar sind. Dagegen ist gewiß:

a) Daß auch hier zwischen Erben und Vermächtnißnehmern wohl unterschieden wird.

b) Daß selbst der Vertrag dem miles die Revocirbarkeit giebt.

c) Daß Nichts nöthig ist, als ein certum judicium.

Im Uebrigen ist das testamentum militare nichts Naturrechtliches, sondern ein besonderes privilegium dieses Standes, weil es nur dem römischen Soldaten und nicht dem Soldaten bei einem andern Volke gebührt [1]).

§. 621.

Testamentifactio activa et passiva.

I. Auch ein surdus und mutus kann ein Testament machen [2]). Ein filius miles kann testiren. Wenn ein solcher über sein peculium castrense jure communi testirt, so muß er nunmehr nach der Nov. 115. sich richten, und die Betheiligten einsetzen, und es ist in der treffenden Stelle nicht von emancipirten Kindern die Rede, auf welche das Gesetz gar nicht passen würde, als vielmehr von den wirklichen Kindern mit einem peculium, worüber sie testiren können. Wird der filius capite deminuirt, so schadet dieses seinem Militärtestamente nicht, und also auch nicht, wenn es irritum geworden wäre, weil es alsbald wieder einen neuen Anfang nimmt [3]). Wenn der ernannte Vater die Testamentserbschaft ausschlägt und das peculium jure peculii nimmt, so haben die Legatare gegen ihn das edictum, si quis omissa causa [4]).

---

1) Grund des Privilegiums l. 1. D. 29. 1. Andere Völker haben die Sache keineswegs römisch aufgefaßt.

2) l. 4. D. 29. 1.

3) l. 22. D. h. t.

4) l. 4. D. h. t.

II. Die peregrini und deportati können ohne Anstand eingesetzt werden [1]): aber nicht diejenigen, quos lex specialiter prohibuerit, z. B. die haeretici, die Kinder der Hochverräther. Wo eine Dispensation statt fand, z. B. bei den Taubstummgebornen, konnte der Soldat einsetzen. Incapaces und indignos konnte er nicht einsetzen, die letztern theils nicht, weil er nicht wollte, theils nicht, weil es z. B. probrosae mulieres waren [2]).

III. Was die suos betrifft, so kann der Soldat sie ohne weiteres übergehen. Wäre aber ein Irrthum der Uebergehung da, so kömmt die allgemeine Billigkeitstheorie in Anwendung [3]). Derjenige, welcher den Irrthum behauptet, muß ihn beweisen: nur der postumus nicht; jedoch wird auch ein postumus das Testament nicht rumpiren, selbst nicht das jure communi errichtete, wenn der Soldat auf irgend eine Weise erklärt hat, daß er diesen Theil als ein testamentum jure militari wolle bestehen haben [4]). Hat der miles sich über den postumus geirrt, so wird das testamentum militare rumpirt, wenn der Soldat diesen Punkt nicht ausdrücklich expost bestättigt [5]). Ohne Irrthum aber hilft kein Rechtsmittel, aber hat der Soldat die Formel gewählt „ceteri exheredes sunto," so ist er vollkommen sicher.

§. 622.

Perfection des Testaments.

Man kann eine formelle und eine materielle Perfection des letzten Willens unterscheiden, und der Soldat hat blos auf die Letzte zu sehen, so daß es dann auf die

---

1) l. 13. §. 2. D. h. t.
2) l. 41. §. 1. D. h. t.
3) Mein Buch I. §. 96.
4) l. 9. §. 1. D. h. t. Auch hieher ist denn die Nov. 115. nicht anwendbar.
5) Mein Buch I. S. 486.

Form gar nicht ankömmt, daher kann z. B. auch ein Vertrag als letzter Wille hier angesehen werden, und was bei den paganis als Codicill und donatio auseinanderliegt, dies ist hier vereinigt [1]).

Bei den Römern war nicht wie jetzt in Deutschland ein gewisser Zustand angenommen, wo der Soldat militärisch testiren könne, sondern er war dazu als Soldat berechtigt, und das Testament galt bis nach einem Jahre von seiner Mission: aber an der Ernstlichkeit sollte es nicht fehlen, die am beßten in der Scriptur hervortrit, die aber keineswegs verlangt wird. Daher kann auch ein jure communi errichtetes Testament in jener Zeit durch eine allgemeine Erklärung in ein militärisches verwandelt werden [2]), und so gab es eine clausula militaris, die zugleich codicillaris war [3]), und es ist also nicht, wie im Civiltestamente, eine besondere Erklärung hiezu nöthig, ja die Codicillarclausel verstand sich bei einem Militärtestamente von selbst. Sehr wichtig ist deshalb auch das Verhältniß eines gemeinen Testaments zu dem militärischen: denn

a) wenn der Soldat später ein gemeines Testament macht, so ist an sich das Militärtestament widerrufen, sofern er es nicht bestättigt.

b) Der Soldat kann aber zu seinem Militärtestamente Codicille machen, die, wenn er nicht mehr Soldat ist, die gewöhnliche Form haben müssen.

c) Der Soldat kann daher theils jure militari theils jure civili beurtheilt werden, was in der Lehre von der Anwendung der quarta Falcidia große Bedeutung gewinnt [4]).

---

1) Mit Unrecht geschieht es daher bei dem französischen Rechte, daß man Schenkung und Codicill im Allgemeinen unter ein genus der Geschäfte bringt.

2) l. 9. §. 1. D. h. t.

3) Velle hoc etiam vice codicillorum valere l, 3. D. h, t.

4) l. 18. 19. D. h, t.

d) Oft wird ein Militärteſtament, welches eigentlich erloſchen war, gleichſam erhalten [1]).

Die Ademtion geht ſo leicht vor ſich, wie bei Fideicommiſſen [2]). Ein militäriſches Teſtament wird aber vernichtet, wenn der Soldat nur anfängt, ein neues Teſtament zu machen, auch wenn es nicht perfect iſt. Anders aber verhält ſich die Sache, wenn das neue Teſtament jure communi errichtet werden ſollte [3]).

§. 623.

Wirkungen des Militärteſtaments, beſonders in dem Gegenſatze zu dem Civilteſtamente.

I. Das Militärteſtament kömmt gerade ſo zum Vollzuge, wie es der Soldat will, und es erſcheint daher hier:

a) eine Aufhebung der allgemeinen Grundſätze des Civilteſtaments,

b) die Begründung neuer Anſichten.

ad a. Es kann hier eine Teſtaments- und Inteſtaterbfolge nebeneinander ſtattfinden, es kommen duae hereditates vor [4]), der Satz gilt: Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus — vel ex conditione vel in conditionem [5]), daher hat hier die Lehre von den bedingten und betagten Fideicommiſſen Anwendung, was auch auf Gläubiger Bezug hat. Das nothwendige Accreſcenzrecht kömmt im Soldatenteſtamente nicht vor, wohl aber das Accreſcenzrecht ex interpretatione voluntatis, was auch zum Vorzugsaccreſcenzrecht wird [6]). Die Subſtitution hat, wie ſchon oben angeführt iſt, ihre

---

1) l. 38. §. 1. D. h. t. Siehe auch l. 40 §. 2. D. h. t.
2) Mein Buch I. S. 492.
3) l. 34. §. 1. D. h. t.
4) l. 17. §. 1. D. h. t.
5) l. 14. §. 4. D. h. t. l. 19. §. 2. D. h. t.
6) Mein Buch I. S. 500. 501.

große Eigenheiten, z. B. sie ist, ohne eine fideicommissarische zu seyn, bei dem Antrite des institutus nicht ohne Wirkung, es giebt eine Pupillarsubstitution, ohne daß der Vater für sich ein Testament gemacht hat, und für die emancipati, und über die Jahre überhaupt hinaus, jedoch nur für das Vermögen des Vaters [1]). Es giebt hier keine substitutio tacita [2]).

ad b. Der Soldat kann sein Testament nur auf das castrensische Gut allein beschränken; hier gehört dann das Uebrige den Intestaterben [3]). Hat der Soldat seine Einsetzung nur auf das castrensische Vermögen gemacht, so bekömmt der eingesetzte Erbe das Uebrige jure accrescendi [4]). Der Soldat kann auch seine Sachen einzeln vertheilen, und braucht keinen Erben zu ernennen [5]). Daher kann der Soldat auch allein bestimmen, wer seine Schulden bezahlen soll [6]). Die die Vermächtnisse beschränkenden Gesetze, z. B. die lex Falcidia gelten im Soldatentestamente nicht [7]).

II. Was aber endlich den Erben angeht, so folgt dieser ganz allein den gemeinen Grundsätzen, denn das Privilegium ist nur den Soldaten und nicht den Erben gegeben, sowohl hinsichtlich der Antretung als Transmission und der gesammten Vollziehung: natürlich aber kann und muß sich der Erbe an alle die Vorzüge und Beschränkungen halten, welche dem Soldaten selbst bewilligt wurden [8]).

---

1) l. 5. 41. §. 4. 5. D. h. t.

2) Mein Buch S. 503.

3) l. 6. D. h. t.

4) l. 13. §. 1. D. h. t.

5) l. 17. pr. D. h. t.

6) Jedoch haftet der Complex des Vermögens, mein Buch I. S. 497.

7) l. 17. D. 35. 2. l. 7. Cod. 6. 50.

8) Mein Buch I. §. 100.

§. 624.

Die bonorum possessio und Justinianus.

I. Es giebt hier nur eine b. p. ex testamento, nicht contra tabulas und im Allgemeinen nicht mehr ab intestato, bis auf die successio unde vir et uxor. Die b. pio ex testamento wurde als necessaria für diejenigen gegeben, die einem Andern als eigentlichen Soldaten ex testamento militari succediren wollten. Die so testiren können, sind diejenigen qui in hosticolo suprema judicia quoquo modo ordinassent, ibidemque diem suam obiissent [1]). Ueber das Wort hosticulum, und über die hier gemeinten Testatoren ist viel gestritten [2]), aber auf uns nichts mehr anwendbar. Doch ist so viel gewiß und auch jetzt noch gebräuchlich, daß alle diejenigen, welche ein Militärtestament machen können, nicht blos das Privilegium der Form, als auch das ganze Militärrecht genießen, und daß auch hierin von den Neueren ungeeignete Unterscheidungen gemacht worden sind [3]).

II. Constantin schon, aber besonders Justinian soll das ganze Privilegium nur auf jene beschränkt haben, qui in expeditionibus occupati sunt, auch soll ein Pupill, wenn er tribunatum numerorum hätte, kein Militärtestament machen können [4]). Das Letztre ist klar: aber in Beziehung auf die erste Ansicht meinen Viele, es sey immer so gewesen, und es habe ein allgemeines Privilegium für die Soldaten nicht bestanden [5]). Nur darüber habe man gezweifelt, ob der filius über sein peculium castrense auch extra expeditionem habe testiren können, und dies sey natürlich anerkannt worden: aber sonst wäre der Soldat nicht

---

1) l. ult. D. 29. 1. l. 1. §. 2. D. 37. 13. Siehe auch die Titel-Ueberschrift.

2) Mein Buch I. S. 504.

3) Siehe darüber Höpfner Instit. §. 453. 456. Note 4.

4) l. 15. 17. Cod. h. t.

5) Schrader ad pr. J. h. t.

blos nach dem Stande, sondern in alter Weise nach seinem Geschäfte angesehen worden. Freilich aber entstand der eigene Begriff von expeditio, und dieser ist deshalb sehr zweifelhaft, weil der rechte Gegensatz nicht gefunden ist, nämlich zu sedibus oder aedibus, σεδέτοις[1]), ferner ist gewiß, daß ja auch milites vigiles privilegirt waren, und auf allen Fall geht hervor, daß Justinian im Geiste seiner Zeit und der seit Constantin sehr veränderten Militärordnung eine neue Bestimmung treffen wollte, weshalb dann auch die Constitution von Maximilian I. im Geiste der neueren Militärordnung durchaus unabwendbar war, und den Geist unseres jetzigen Rechtes bildet. —

§. 625.

Maximilian I. und das jetzige deutsche Recht.

I. In jener Zeit bestand schon der Soldatenstand aus Offizieren und Gemeinen[2]). Der Kaiser in der Notariatsordnung spricht zwar nur von jenen, will aber diese nicht ausschließen. Man unterschied damals den Offizier und Soldaten ohne Fähnlein, d. h. außer dem Dienst, wie auch heutzutage, aber keineswegs den Friedenszustand, wie in unsern Garnisonsdiensten; sondern nur den Zustand unter dem Fähnlein oder im Felde, und den Zustand der Bataille. Daraus folgt zunächst, daß wir für den Garnisonsdienst kein eigenes Testament, sondern nur das Testament jure communi haben[3]). Maximilian §. 2. a. E. der Notariatsordnung unterscheidet so: „Von Rittern, die zu Feld und doch nicht im Streit wären, wird solch Anzahl Zeugen nach-

---

1) Wüstemann in seiner Uebersetzung des Theophilus zu dieser Stelle.

2) Mein Buch I. S. 509.

3) Dagegen Madihn: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig. Frankfurt a. d. O. 1789.

gelassen bis auf zween: aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament ohne alle Solennität oder Form, wie sie wollen.“ Im Einzelnen ist aber noch Folgendes zu bemerken:

I. Das Testament der Soldaten ist hier regulirt, aber auch die Civilisten, welche bei dem Heere sind, haben nach diesem Unterschiede ihr Recht, denn Maximilian hat an dem Umfange und an der Bedeutung des römischen Rechtes nichts ändern wollen. Dagegen fällt bei dem Civilisten das Testament zusammen, wenn er in der Gefahr nicht umkömmt. Bei dem Soldaten aber gilt das Testament, so lange er Soldat ist — auch im Friedens- oder Garnisonsdienst, und ein Jahr nach seiner Entlassung, wenn dieselbe nicht ignominiosa war [1]).

II. In den Zeiten der Winterquartiere und solange der Krieg besteht, kann der Soldat ein Militärtestament machen, gewiß also auch der im Kriege in den Festungen liegende Soldat [2]).

III. Wenn auf diese Art die Voraussetzungen vollkommen regulirt sind, so bleibt Alles, was in materieller Hinsicht von §. 620. angeführt ist, und die bonorum possessio der Civilisten ist in der That jetzt ein wahres Erbrecht.

IV. Da man in Deutschland bei den Heeren eigene Gerichtsbeamte hat, z. B. Auditore, so ist es hinreichend, wenn man einem solchen öffentlich angestellten Manne auch nur eine Erklärung macht, wenigstens im Augenblicke der Schlacht, soferne dieselbe nur ernstlich genug ist: ob auch sonst im Felde, könnte bezweifelt werden, weil hier zwei Zeugen erfodert werden, aber gewiß ist, daß, wenn der Auditor eine Urkunde errichtet, dieses sogar ein gerichtliches

---

1) l. 21. 26. pr. D. 29. 1. l. 2. D. 3. 2.
2) Höpfner §. 453.

Testament ist. Doch ohne Solennisirung ist die Angabe an einen einzelnen Auditor ungültig, weil es ein Privatactus und nur ein Zeuge ist. —

Dritter Unterabschnitt.

Fehler eines Testaments, hauptsächlich desjenigen der pagani.

§. 626.

Einleitung.

Es handelt sich hier nicht von den Vermächtnissen, worüber eine eigene Zusammenstellung folgt, und wobei die Widerruflichkeit so einfach wie bei den Obligationen ist: auch nicht vom Notherbenrechte, wovon schon im früheren Zusammenhange gehandelt ist, sondern allein von der ursprünglichen und folgenden Ungültigkeit des Testaments an sich [1]). Man kann hier zwei Punkte unterscheiden:

1) Diejenigen Fälle, wo das Testament aus dem formellen Princip entweder ursprünglich nichtig ist, oder doch ex-post nichtig wird.

2) Diejenigen Fälle, wo die testamentarischen Anordnungen lediglich im Vollzuge deficiren, entweder weil man den Willen nicht gehörig mehr kennt, oder das Testament destituirt wird, oder der Wille des Testators es unvollziehbar gemacht hat.

§. 627.

Fälle der ersten Art oder vom testamentum injustum, irritum, ruptum [2]).

I. Ein Testament ist injustum, wenn es dem Testator

---

1) Diese Lehre wird durch die hier getrennten beiden Rücksichten weniger beschwerlich, und nur für die postumi kam bei den Römern die ruptio in Betracht.

2) Der Hauptschriftsteller ist Mühlenbruch im Glück'-

oder dem eingesetzten Erben an der testamentifactio fehlt, ferner bei den Fehlern an der Form. In der letztern Hinsicht muß man rein auf die Förmlichkeit sehen, wie sie von Theodosius II. her in die deutsche Praxis eingetreten ist, und man darf weder auf die prätorische Form noch etwa auf das Vorhandenseyn von fünf Zeugen u. s. w. zurückkommen[1]). Analogien von den sogenannten privilegirten Testamenten giebt es nicht, z. B. ein Bruder kann nicht unter seinen Brüdern wie ein parens testiren, oder einer auf dem Schiffe, wie auf dem Dorfe. Ein Defect in der Form wird durch den Verzicht der Intestaterben nicht gehoben, denn verzichten diese nicht im Allgemeinen, sondern nur zu Gunsten des Testamentserben, so sind sie den Gläubigern jedenfalls verbunden: das Annehmen eines Legats ist aber noch kein Verzicht[2]). Wenn die Intestaterben mit dem Testamentserben sich vergleichen, so wird nicht nur ein rescindirbares Testament erhalten, sondern auch ein nichtiges, obgleich man hier annehmen muß, der Intestaterbe habe, wie der Testamentserbe, durch den Vergleich neue Verbindlichkeiten übernommen[3]).

II. Ein Testament wird expost infirmirt als irritum, wenn der Testator eine capitis deminutio erleidet. Wenn derselbe aber vor seinem Tode wieder in den Zustand der testamentifactio kömmt, so giebt der Prätor b. p. secundum tabulas, soferne irgend ein sicheres Zeichen da ist, daß der Erblasser unterdessen nicht andern Sinnes wurde[4]).

III. Ein Testament wird expost infirmirt als ruptum. Die nothwendige Ruption trit ein per postumi agna-

---

schen Commentar (keineswegs in seinem Compendio), siehe mein Buch I. S. 514 ff.

1) Mein Buch S. 518.

2) l. 5. §. 1. D. de his, quae ut indg.

3) l. 3. pr. D. 2. 15. besonders aber die wichtige l. 14. D. eod. über die erste Heimbach in seiner ed. Basilic. tom. I. pag. 667.

4) §§. 4. 6. J. 2, 19. l. 11. §. 2. D. 37. 1.

tionem, wovon aber hier die Rede nicht seyn soll, mit der einzigen Bemerkung, daß wenn der postumus vor Erwerbung der Erbschaft wieder wegfällt, die b. pio secundum tabulas statt hat. Bei der freiwilligen Ruption durch den Testator ist

1) anzuführen, daß die dem Testamente angehängte clausula cassatoria vel derogatoria ohne Wirkung ist, indem sie das civilistische Wesen des Testaments zerstören würde[1]). Eben deshalb ist auch die eidliche Bestättigung dieser Clausel im Sinne des römischen Rechts ohne Erfolg. Im canonischen Rechte aber hat der Eid seine Wirkung; aber auch ihm ist eine Hinterthüre geöffnet, d. h. er wird, relaxirt, wenn man sieht, daß er durch Verführung, Irrthum oder Gewalt veranlaßt ist[2]).

2) Wenn ein neues Testament in gehöriger Perfection nicht mehr zu Stande kömmt, so hat man angenommen, daß der Fiscus ob hoc die Succession sich anmaße[3]): denn bei dem princeps sagte man früher „princeps legibus solutus est," allein eben diese despotische Richtung wurde in der That durch ein Sct. auf die Oratio des Helvius Pertinax beschränkt[4]).

3) Hätte Jemand bei der Ruption besondere Verbindlichkeiten übernommen, so bindet ihn dieses keineswegs. Wird aber ein besonderer Vertrag deshalb geschlossen, so behaupten unsere Praktiker, daß darauf eine Entschädigungsklage begründet werden könne, und daß in dieser Richtung selbst der Erbvertrag zu einer Bedeutung kommen könne.

Im Ganzen folgt aus Allem diesem, daß die Ruption nur durch ein neues gemeines Testament vor sich gehen

---

1) l. 22. pr. D. 32. über ihre Wirkung als demonstratio mein Buch I. S. 526.

2) Mühlenbruch XXXVIII. Thl. S. 193.

3) §§. 7. 8. J. 2. 17. Siehe auch l. 20. Cod. h. t. Mein Buch I. S. 543. ff.

4) Mein Buch I. S. 530.

könne. Es giebt auch davon keine Ausnahme, denn wenn Justinian bei einem mehr als 10 Jahre alten Testamente eine exceptio einführte, soferne eine Revocation vor 3 Zeugen oder durch ein gerichtliches Protokoll feststeht[1]), wenn außerdem ein bloser Widerruf vor 7 Zeugen nicht genügt, wenn sodann weder ein Testament des Vaters für seine Kinder, noch ad pius causas durch ein ähnliches Testament zurückgenommen werden kann[2]) — so steht unsre Ansicht fest.

Höchstens kann man annehmen, daß das ältere Testament untergeht, wenn der eingesetzte Erbe als indignus befunden wird, aber die Indignität kann nicht, wie bei den Legaten, auf einer blosen, wenn auch klar ausgesprochenen, Ansicht des Testators beruhen, als vielmehr auf einem bestimmten facto, wodurch der Testator beleidigt ist, und woraus man sieht, daß der Eingesetzte unmöglich dessen Erbe seyn kann.

Wäre in dem neuen Testamente der instituirte Erbe nur in re singulari gerufen, so wird das frühere Testament als Fideicommiß aufrecht erhalten. Wären 2 Testamente von demselben Datum da, so erhält der Prätor alle beide nebeneinander[3]). Wären aber zwei Testamente da, welche gar nicht datirt sind, und man kann nicht herausbringen, welches das jüngere sey, so ist sehr zweifelhaft, ob sie beide nebeneinander bestehen, ja uns scheint, daß, da dieser Fall von dem vorigen gänzlich verschieden ist, weder Buchstabe, noch Sinn der prätorischen Wohlthat hieher zu beziehen sey.

Der Soldat kann natürlich durch jede Erklärung seinen Widerruf aussprechen[4]).

Nur das ist noch anzuführen, daß, wenn das neuste Testament nicht gerade eine directe Einsetzung enthielte, aber doch so gefügt wäre, daß das spätere Testament zu Gunsten

---

1) Mein Buch I. S. 532.
2) S. 534 ff.
3) l. 1. §. 6. D. 37. 1.
4) l. 15. §. 1. l. 34. D. 29. 1.

eines früheren wieder aufgehoben ist, der Prätor b. p. secundum tabulas gab, was auch heutzutage als testamentarisches Erbrecht gilt.

Endlich ist schon oben vorgekommen, daß die Intestaterben zur Hinterlassenschaft kommen, wenn sie nur durch ein Codicill gerufen sind, aber eben dadurch die Vernichtung des früheren Testaments, wenn auch nicht ipso jure, doch gewiß ope exceptionis darinnen liegt.

§. 628.

Mängel im Vollzuge (testamentum destitutum).

Ein Testament fällt zusammen, wenn der Erbe es nicht vollziehen will. Oft rechnet man auch hieher, wenn der Erbe nicht succediren kann, weil er die testamentifactio oder die capacitas verloren hat, oder weil die Bedingung der Einsetzung deficirt, und in der That ist in diesen Fällen das Testament so wenig nullum, wie wenn es im vorigen §. als irritum oder ruptum dargestellt ist; es wird also in der That infirmirt[1]): allein wichtig ist doch der Gesichtspunkt, daß das Testament insoferne besteht, daß durch die Codicillarclausel geholfen werden kann. Bei der eigentlichen Destitution ist aber die Frage wichtig, ob die contumacia nicht anders behandelt werden soll, als die bloße Repudiation. Die Meinung der Glosse[2]) geht dahin, daß die Nov. 1. c. 1. nur auf den Fall wirke, wo der Erbe binnen Jahresfrist nach erfolgter Antretung und gerichtlicher Auffoderung die testamentarischen Auflagen nicht erfüllt. Nun behaupten der unten angeführte Zepernick und jetzt auch v. Löhr[3]), daß dasjenige, was von der contumacia des Erben hier gesagt sey, gewiß auch von der Nicht-

---

1) A. M. ist Zepernick in der diss. de test. destit. vir. I. II. Halae 1773. 1774.

2) Haenel dissens. pag. 433.

3) Archiv V. Bd. S. 394.

antretung durch den Erben gelten müsse, theils wegen Julian, theils weil die ganze Denkweise der späteren Zeit so aufgefaßt werden müsse. Es sey nämlich eine allgemeine Reihenfolge aufgestellt, in welcher die Vollziehung des letzten Willens gesichert seyn solle [1]). Allein die Novelle lautet ausdrücklich nur auf die contumacia dessen, welcher angetreten hat, und Julian ist in seinem Auszuge zu kurz darüber weggegangen, zumal ja auch spätere Bearbeiter, z. B. Athanasius Scholasticus die Sache buchstäblich so nehmen, wie sie steht. Die contumacia, d. h. ein Nichthalten einer übernommenen obligatio soll durch die Novelle bestraft werden, zumal der contumax ja durch das benef. inventarii gedeckt ist, wobei Notherben ausgenommen sind und Minderjährige restituirt werden, so daß man sieht — es handle sich hier von einer Unrechtlichkeit und Bestrafung, welche keineswegs auf jenen Fall anwendbar ist, wo Jemand seinem Rechte folgt, und wo er auf keine Weise eine unrechtliche Handlung begeht.

§. 629.

Wenn der Testator seinen Willen unvollziehbar macht.

Eine Vernichtung des Testaments als Rechtsgeschäft findet auf keine Weise statt. Der Begriff infirmatum paßt nicht hieher [2]), und die Rechtsfolgen treten daher nur in der Vollziehung oder prozeßualisch hervor. Eben deshalb werden hier, wie auch schon im älteren prätorischen Rechte, die actiones denegirt, oder eben die b. p. wird sine re, oder es wird eine exceptio und replica doli gewährt [3]). Im Ganzen geht dann Alles darauf, ob die Vernichtung auf

---

1) Mein Buch I. S. 552.

2) l. 4. D. h. t. 28. 4.

3) l. 1. §. 3. D. h. t.

das ganze Testament als Urkunde geht, oder nur auf die Ausstreichung des Namens eines oder aller Erben — ferner ob sie absichtlich und in welcher Absicht sie geschah.

I. Geschah Alles inconsulto, dann ist die Sache factisch, und es handelt sich lediglich davon, was zu vollziehen ist [1]). Ließe sich aber das Unleserliche auf andere Art wieder herstellen und kenntlich machen, so gilt auch dieses [2]). Es ist dies ebenso, wie wenn Jemand im Wahnsinne sein Testament vernichtet hätte.

II. Wenn das ganze Testament consulto vernichtet ist, so kömmt es auf die specielle Absicht an: wer hier zu beweisen habe, ist wichtig: wir lehren mit Faber [3]), daß wenn das ganze Testament vernichtet ist, die Präsumtion für die Intestaterben steht, und es handelt sich hier nicht zwischen dem fiscus, der sein Indignitätsrecht ausüben will, und den Intestaterben sondern zwischen den letztern und den Testamentserben und Vermächtnißnehmern [4]). Die beiden letztern behaupten nämlich hier, nicht alle Testamente seyen vernichtet, auch seyen nicht blos Abschriften, sondern noch ein Original da, wo denn freilich die Intestaterben zu beweisen haben.

III. Ist aber nicht das ganze Testament vernichtet, sondern nur die Erbeinsetzung durchstrichen, und man kann leicht einsehen [5]), daß der Testator nur die scriptos heredes oder einen von ihnen ausstoßen wollte, denn wird die Sache als ein Indignitätsfall angesehen [6]). Hier tritt gegen Miterben oder gegen den Substituten der fiscus ein, soferne nicht eben diese den Beweis führen wollen, daß

---

1) Siehe jedoch l. 178. D. 50. 17.
2) Mein Buch I. S. 565.
3) Conjecturae lib. 18. c. 17.
4) l. 4. D. h. t.
5) Streit von Castrensis und Azo mit Accursius bei Faber l. c. pag. 694. i. f.
6) l. ult. D. 28. 4. l. 12. 16. §. 2. D. 34. 9.

der Testator nicht gerade aus Feindschaft, wie vielmehr um ihren Erbtheil ab intestato zu vermehren oder geltend zu machen, die Durchstreichung vorgenommen hat, weshalb auch Alles factisch ist. In solchen Beziehungen sind die Vermächtnißnehmer gedeckt [1]). Wo aber die Intestaterben eintreten, da bekommen die Vermächtnißnehmer nichts [2]).

Aus der Darstellung folgt übrigens soviel, daß in dieser ganzen Lehre wohl bestimmte Rechtsfolgen gegeben sind, aber da Alles auf den animus des Testators ankömmt, und dieser jedenfalls erst zu ergründen ist, so wird sich die Entscheidung lediglich darnach machen, welcher von den verschiedenen Theilen den ihnen obliegenden Beweis zu führen hat. —

Viertes Capitel.

Ausübung des Intestat- und Testaments-Erbrechts.

Erster Abschnitt.

Von der Erwerbung und Ausschlagung, sowie von der Vertheilung der Erbschaft.

§. 630.

Von dem Zustande nach dem Tode des Erblassers.

Einen entschieden publicistischen Standpunkt führte die Lex Julia und die L. P. P. ein, und mancherlei Institute nicht nur des Fiscus, der Indignität, der Codicille auch bei Intestatsuccessionen hingen damit zusammen.

In Deutschland ist oft der Zustand unmündiger oder minderjähiger Kinder mit in Betracht gekommen, und da-

---

1) l. 2. D. h. t.

2) Mein Buch I. S. 559.

durch eine Art von öffentlichem oder polizeilichem Interesse begründet.

Die römische Idee der res nullius — im Vermögen eines Verstorbenen ist bei uns gänzlich entschwunden; aber die Concurrenz von Testaments- und Intestat-Erben, von Vermächtnißnehmern und Gläubigern gibt oft dem Richter einigen Einfluß zur Officialthätigkeit.

Bestimmen läßt sich darüber Nichts, zumal uns alle Quellen fehlen, aber soviel ist sicher, daß, da in jeder Behörde eine Art von Polizei seyn muß, jedes Gericht von seiner Organisation aus bemessen muß, inwieweit dasselbe in solchen Dingen den Betheiligten eine Art von Sicherheit zu verschaffen habe. Die Versiegelung des Vermögens ist der nächste Act zu dieser Vorsorge [1]).

§. 631.

Von den Gehilfen des Verstorbenen und von den Testamentsexecutoren.

Der Erbe ist der natürliche Vollzieher des letzten Willens aber nicht als Gehilfe, sondern als der Betheiligte selbst. Wenn die Römer die Persönlichkeit des Verstorbenen in die des Erben übergehen ließen, so bedurften sie keinen Vermittler zur Erhaltung und Vollziehung der Rechte: wogegen sie im Einzelnen theils einen Vermittelungsact annahmen [2]), nämlich für die entstehenden neuen Verbindlichkeiten bei Vermächtnissen, theils in solchen und ähnlichen Dingen auch einen minister zuließen.

In Deutschland war nur die gesetzmäßige Erbschaft von den ebengedachten Folgen begleitet; aber einestheils wurden die Güter gleich von vornherein getrennt, theils darneben

---

1) Wo eine Codicillarclausel im Testamente ist, müssen auch die Intestaterben zur Publication des Testaments vorgeladen werden, wovon weiter unten: außerdem aber nicht.

2) Den quasi contractus hereditatis aditae.

eine vertragsmäßige oder einseitige Zuweisung gestattet, und für diese, welche mehr singulares Successores waren, hatte denn der delegator, mediator, conservator, fidejussor oder saleburgio, der Vollzieher des Testamcnts seine wahre Bedeutung, er war in der That ein minister defuncti.

§. 632.

Von den Testamentsexecutoren insbesondere[1]).

Hiemit sind nicht zu verwechseln:

1) Die arbitratores, welche nur über einzelne Verhältnisse Entscheidung geben sollen.

2) Die ministri, welche zur Ausführung einer einzelnen testamentarischen Anordnung eine thätige Hülfe leisten sollen.

3) Diejenigen, welche eine generalis cura bonorum, oder auch nur eine momentanea cura bonorum übernehmen sollen.

4) Die dispensatores, d. h. diejenigen, welche gewisse Leistungen unter Ortsarme oder andere gewissermaßen erst näher herauszuwählende Personen vertheilen sollen. Diese 4 Arten von Personen haben entweder eine Erkenntlichkeit für ihre Dienste zu erwarten, oder es ist ihnen nichts ausgesetzt, und dann kann nicht gegen sie geklagt werden, auch wenn sie dem Verstorbenen eine Zusicherung gegeben hätten.

Der generalis executor testamenti kömmt weder aus dem Corpus juris, noch aus einer Novelle des Kaisers Leo, sondern geht aus dem teutschen Institute der Gewähr zur treuen Hand hervor, dessen sich sogar die christliche Geistlichkeit hinsichtlich ihres in der Kirche erworbenen Vermögens bediente: und weshalb dieses Institut an allen Orten der Welt zu finden ist.

---

1) Meine Zeitschrift I. Band. mein Buch über testam. Erbrecht II. S. 112. ff.

Verschieden ist die Ansicht, wornach die neueren Practiker einen allgemeinen Testamentsexecutor annahmen. Einige machten ihn zu einem fiduciarius, und es paßt dies gewissermaßen zu einer codicillarischen Einsetzung [1]). In das römische System aber läßt sich der allgemeine Testamentsexecutor nicht einführen, weil er eine unbestimmte Zahl von ministeria ausführen, ein judicium generale übernehmen, und gleichsam mit den Erben in eine directe Verbindung kommen soll, die doch nach römischem Rechte nicht stattfindet. Seine Natur läßt sich daher nur particularrechtlich bestimmen, und es finden diejenigen Klagen statt, welche an einzelnen Orten gegen ihn angenommen sind.

§. 633.

Von der Apertur eines Testamentes insbesondre.

Im corpus juris müssen die bei Gerichte gemachten Testamente durch einen Gerichtsactus vorgelegt werden, auch muß bei den Privattestamenten die Authenticität durch Vernehmung der Zeugen hergestellt werden [2]). Ebendeshalb sollen auch die Privattestamente innerhalb 5 Tagen nach dem Tode des Testirers — wo möglich — dem Gerichte zugestellt werden [3]). Jeder Betheiligte, also nicht blos der Erbe, sondern auch der Vermächtnißnehmer (nur nicht die Erbschaftsgläubiger) haben theils deshalb, theils zur eigenen Einsicht das interdictum de tabulis exibendis [4]). Jedenfalls sollen bei einem schriftlichen Testamente soviele von

---

1) Bartolus ad leg. alio herede Dig. de alimentis stellt den Testamentsexecutor sogar heredis loco auf. Einige wollten einen Theilungsrichter aus ihm machen. l. 5. D. 29. 3.

2) Dig. 29. 3.

3) l. 2. §. 1—3. l. 11. D. h. t. l. 1. §. 2. sequ. D. de tab. exhib. l. 4. Cod. 6. 32.

4) Dig. 43. 3. Cod. 8. 7.

den Zeugen vernommen werden, als noch am Leben sind [1]): ist aber kein Zeuge mehr da, so soll auf andere Weise die Authenticität hergestellt werden [2]). Bei mündlichen Testamenten ist freilich nöthig, daß wenigstens 2 Zeugen über die Formalität und über den Inhalt des Testamentes aussagen.

Die eigentliche Eröffnung und Vorlesung, welche durch den Richter geschieht, heißt recitatio. Da, wo der Testator diese Art von Apertur verboten hat, bleibt es dabei [3]).

Im übrigen ist die römische Form, welche hier stattfand [4]) sehr verschieden von dem Gerichtsgebrauche, der bei uns eintrit. —

§. 634.

Von der Antretung der Erbschaft.

Es sind hier nothwendig sehr verschiedene Zeiten zu unterscheiden, und ohne genaue Bildung historischer Grenzen ist namentlich in der Erklärung des neuesten Rechts kein sicherer Anhaltpunkt zu finden.

I. Das alte Civilrecht ging von dem Unterschiede der heredes necessarii et voluntarii aus. Der Prätor warf diesen Unterschied zusammen, indem er den suis necessariis das Abstinenzrecht gab, und sie zu voluntarii machte. Auch den Standpunkt der cretio benützte der Prätor, um den Erben zu einer bestimmten Erklärung zu bringen.

II. Das prätorische Recht, welches sowohl den voluntariis als suis die b. pio anbietet, welches eine bestimmte Zeit setzt, und selbst das Successorische d. i. die nochmalige Berechnung der Zeit der Concurrenz der Betheiligten in Betracht nimmt, Vollmachten annimmt, den mutus, sur-

---

1) l. 3. §. 9. D. h. t.
2) Nov. 73. c. 7. pr.
3) Eigentliches aperire l. 3. §. 20. D. 29, 5.
4) v. Savigny Rechtsgesch. I. S. 84.

dus, coecus [1]) begünstigt, dem curator furiosi eine missio gewährt, für einen infans den pater und tutor zuläßt, und auf alle Wege die Erbantretung erleichtert und für die Constitutionen vorbereitet.

III. Die Constitutionenjurisprudenz schloß sich zuerst an die l. b. pio an [2]): so kann denn der pater bei dem filius infans allein antreten oder ausschlagen [3]), wogegen dieser wieder gedeckt ist [4]). Der pupillus infans wird aber nur, soweit er locupletior geworden ist, verbindlich — und überhaupt sind alle prätorischen Grundsätze jetzt civilrechtlich verarbeitet. Dabei aber gilt noch die Lex Julia et P. P., obgleich unter Justinian das Recht selbst nicht aber alle Folgen daraus aufgehoben wurden. Am wichtigsten aber ist das in jener Zeit entstandene jus deliberandi, welches auch vom Prätor ausgegangen hauptsächlich in die Constitutionenjurisprudenz genommen wurde.

§. 635.

Von dem jus deliberandi.

Die alte Form für die baldige Entscheidung des Erben war die cretio und zwar waren certi dies continuo computandi (continua cretio) vorgeschrieben, oder es waren 100 Tage von der Zeit an bestimmt, wo der heres die Delation erfuhr, (vulgaris cretio) und zwar so, daß bei der Nichtentscheidung des heres er entweder gar nichts bekömmt perfecta cretio) — oder einen coheres (imperfecta cretio)[5]). Nur im letztern Falle sollte seit Marc Aurel die bloße stillschweigende Erklärung genügen [6]), außerdem die Hand-

---

1) l. 2. D. 37. 3.
2) tit. cod. 6. 9.
3) l. 4. 18. §. 4. Cod. 6. 30.
4) Mein Buch II. S. 146.
5) Gajus II. §. 171—173.
6) Hugo Rechtsgesch. XI. 934.

lung selbst in gehöriger Form vor sich gehen. Die alte aditio war ebendeshalb bald eine solche förmliche, vom Testator selbst bestimmte (cretio), oder sie konnte außerdem durch ausdrückliche Erklärung (aditio simplex) oder durch pro herede gestio geschehen. Bei dem Prätor mußte wohl nicht eine förmliche Handlung vorgenommen werden, aber jede b. pio hatte ihre edictmäßige Zeitvorschrift. Wenn der filius familias vom beneficium abstinendi Gebrauch machen wollte, konnte er in gleicher Weise um eine Bedenkzeit bitten [1]), und damit verbindet sich die Lehre von der Bedenkzeit der Erben überhaupt. Der filius familias konnte wohl auch die b. p. gebrauchen, und wenn er bei dem Drange der Gläubiger deshalb gefragt wurde, so soll der filius nicht übereilt werden [2]), sondern vom Prätor eine Frist erbitten können, was denn auch den andern Erben zugelassen wurde. Der filius kann daher abstiniren mit einem Vorbehalt der Deliberation [3]); ja die Abstinenz ist ihm gerade unter dieser Richtung gegeben. Dieses wurde dann auch auf Pupillen angewendet [4]), und allmählig selbst mit Untersuchung der Fälle durch den Prätor (causâ cognitâ) allgemein gemacht. Keinesfalls soll daher die b. pio mit diesem Deliberationsrechte vermischt werden, sondern der Erbe, welcher auszuschlagen gedenkt, auf den Andrang der Gläubiger einen besondern Vorbehalt machen dürfen, welchen ursprünglich der Prätor gab, und welchen später in einer ganz andern Richtung, wie uns scheint, der Kaiser zur Erhaltung und Transmission der Erbschaft besonders ertheilte. Noch ist zu bemerken:

1) Immer ist die Erbschaft ausgeschlagen, wenn der um Deliberation Nachsuchende die Zeit herumgehen läßt. Also

---

1) l. 19. Cod. 6. 30.
2) l. 1. §. 12. D. 28, 8.
3) l. 8. D. eod.
4) l. 7. D. h. t.

kann man nicht lehren, für den Substituten sey sie ausgeschlagen, für die Gläubiger angetreten [1]).

2) Ob die l. 19. Cod. 6. 30. mit diesem Deliberationsrechte im Zusammenhange stehe, ist zweifelhaft. Wir lehren, es sey hier blos ein Transmissionsrecht begründet, welches der Kaiser auf ein Jahr lang zu Gunsten der Nacherben bewilligte, und ohne Rücksicht desjenigen, was der eigentliche Erbe gethan haben mochte [2]), wenn er nur nicht ausgeschlagen hat. Hätte er ausgeschlagen, so ist nicht nur er, sondern so sind auch seine Erben von der Hinterlassenschaft gänzlich gelößt: und Justinian verfügt, daß, wenn der Erbe dieses innerhalb dreier Monate thue, weder von dem Inventarienrechte, was er außerdem ansprechen könne, noch sonst von einer Verbindlichkeit gegen ihn und seine Erben die Rede seyn könne [3]).

§. 636.

Von den Streitpunkten in der Anwendung des juris deliberandi.

I. Von der einjährigen Transmissionsfrist. Darüber sind wir einig, daß die l. 19. Cod. cit. nur das Transmissionsrecht im Auge habe [4]): gesetzt daher, der

---

1) Mein Buch I. S. 157. sieh jedoch den nächsten §. lit. d.

2) Es versteht sich, daß, wenn er um das Deliberationsrecht bat, auch seine Erben die Folgen desselben benutzen können. A. M. Mühlenbruch XLI. Band und zwar weil derselbe behauptet:

a) Der Nacherbe habe kein Recht, wenn der Erbe nach Ablauf der erbetenen Deliberationsfrist stirbt.

b) Der Nacherbe könne nur in den Grenzen der erbetenen Deliberationsfrist ein Recht haben.

3) l. 22. §. 1. Cod. 6. 30. eine Stelle die sehr verschieden erklärt wird.

4) Andere Meinungen haben Höpfner §. 548. der behauptet der Erbe müsse innerhalb Jahresfrist ausschlagen. Thibaut Versuche II. 7. der behauptet, der Erbe müsse binnen einem Jahre antreten: damit ist zu verbinden Marezoll und Mühlen-

Erbe habe eine Deliberationsfrist nachgesucht, so kann sein Erbe sich derselben wohl bedienen. Justinian aber gibt ihm auch das Antretungsrecht, wenn seinem Vorfahrer von der Zeit der Delation noch kein Jahr verlaufen war. Also hat der Nacherbe ein doppeltes beneficium, das Deliberationsrecht seines Vorfahren und das Transmissionsrecht. Hiernach aber trifft:

a) Das hier gegebene Jahr weder den Vorfahrer in der einen und andern Hinsicht und Höpfners und Thibauts Ansichten sind unrichtig, noch

b) ist dem Erben des Erben etwas genommen, was ihm an sich kraft des einmal versuchten Deliberationsrechts gebührt, und womit auch Mühlenbruch übereinkömmt [1]).

II. Von der Bestimmung der 3 Monate in der l. 22. Cod. h. t. — Es ist nachgewiesen, daß die Ansicht Marezolls und die frühere Mühlenbruch's unrichtig ist [2]), theils weil dadurch die Sätze der alten b. pio, wornach jemand 100 Tage haben konnte, ferner der Satz wegen der Antretungsfrist für die Erben des Erben, wenn der letzte ohne Erklärung nach 3 Monaten stirbt, ferner wegen des Rechts des Erben, wornach er, wenn er sich innerhalb 6 Monaten nicht erklärt, gegen die Pflichttheilserben nach l. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. als antretend betrachtet wird, unfehlbar über den Haufen geworfen wären: es ist noch mehr die umgekehrte Ansicht von

---

bruch, welche behaupten Justinian habe eine Ausschlagungsfrist von drei Monaten eingeführt: und Buchholz der behauptet, Justinian habe eine Antretungsfrist von 3 Monaten eingeführt, wodurch gleichsam die Hauptrichtungen aller Meinungen in unseren Tagen repräsentirt sind.

1) Damit stimmt schon überein Schömann im Handb. des Civilrechts II. Nr. 12. — Die alte Glosse — und unter den neuesten Wangerow im Archiv. XXII. Bd.

2) Mühlenbruch hat schon in der dritten Ausgabe §. 703. der alten Meinung sich wieder zugekehrt, wenn auch in den Gründen und in der Sache selbst noch nicht vollständig. Vergl. dazu den XLI. Theil des Commentars.

Buchholz entkräftet. Also hat die Stelle der l. 22. Cod. h. t. nicht die Richtung einer durchgreifenden Disposition, sondern vielmehr hat sie die Ansicht, daß, wer ganz frei seyn will auch von der Bestimmung des Inventarii, sich früher abschläglich erkläre, als der erste Zeitraum für das jus inventarii abläuft. Der Kaiser hat dann selbst angegeben, daß ein solcher für sich nichts mehr mit der Hinterlassenschaft zu thun habe, denn er habe ja seine Ausschlagung zur rechten Zeit rund erklärt. Die Ansichten von Puchta[1]) aber „wer erst später die Antretung ablehne, der müsse sich den Manifestationseid gefallen lassen“ — ferner v. Vangerow's „Justinian habe so verfügt, weil man früher in der Cretionszeit vor Ablauf derselben habe ausschlagen und annehmen also variiren können“, sind Hypothesen, wobei die letztre ohne Gefahr, die erste aber allerdings gefährlich ist[2]).

§. 637.

Standpunkt des Rechts, wenn sich jemand des Deliberationsrechts nach Justinian bedient.

I. Im §. 13—15. der l. 22. Cod. h. t. erklärt Justinian, daß das Deliberationsrecht nicht aufgehoben seyn solle[3]): also

a) der Fall, wo jemand gedrängt von den Gläubigern[4]) das beneficium deliberandi sucht, ist wohl zu unterscheiden von der Ausübung der Transmission, indem jeder Erbe, auch wenn er nichts thut aber im ersten Jahre stirbt, doch seinem Erben das Antritsrecht

---

1) Erlanger Jahrb. III. S. 39.

2) Die Darstellung der hier vorkommenden Verhältnisse sind am besten schon von den Glossatoren behandelt, mein Buch II. S. 168. ff.

3) Aber ein besonderes neues Recht führt er keineswegs ein, wie Viele lehren.

4) Oder jetzt auch aus andern Umständen.

überträgt, so daß in diesem Falle das Nichtantreten der Erbschaft nicht schadet [1]).

b) Der Deliberant der ersten Art, wenn er sich in der Zeit nicht erklärt, hat die Erbschaft unbedingt angetreten [2]).

c) Die zum Zwecke der Transmission angenommene Deliberation läuft von dem Momente der Wissenschaft des Erben an, weil auch sie eine Fortentwickelung des prätorischen Rechtes ist [3]) — die andre Deliberation aber kann auch erst von der Wissenschaft des Decrets angehen.

d) Auch dem Substitutus gegenüber müssen die Gläubiger das beneficium deliberandi abwarten [4]): aber der Substitut kann so interveniren, daß, wenn der Deliberant sich nicht erkläre, ihm das Präjudiz gestellt werde, daß die Erbschaft an den Substituten falle — gerade nach der Cautionsleistung bei der b. pio [5]).

e) Die Vermächtnißnehmer haben auf das jus deliberandi des Erben gar kein Recht [6]).

II. Der Testator kann diesen gesetzlichen Bestimmungen immer noch entgehen, wenn er die Antretung der Erbschaft an eine Bedingung knüpft, natürlich aber muß hier der Erbe noch bei seinem Leben die Bedingung erfüllen, und die noch übrige Zeit geht nicht auf dessen Erben über, wie in der l. 2. D. 29. 2. klar steht, und wofür nicht eine Analogie aus den gesetzlichen Bestimmungen des Deliberationsrechts für die Erben genommen werden kann [7]).

---

1) l. 19. Cod. h. t.

2) Es ist kein Unterschied zwischen den Gläubigern und dem Substituten, mein Buch II. S. 165.

3) Voet lib. 28. tit. 8. §. 1. Koch diss. de herede delib. §. 8.

4) l. 69. D. 29. 2.

5) Nur so hat die Meinung von Koch in seiner diss. §. 11. einigen Schein.

6) Mein Buch II. S. 168.

7) A. M. Koch diss. §. 6. Siehe mein Buch II. S. 163.

§. 638.

Von dem jus legis et inventarii.

Von §. 2 — 12. der l. 22. Cod. h. t. spricht Justinian davon, daß es der Deliberation nicht bedürfe und alle Gefahr gehoben sey, wenn der Erbe in gehöriger Zeit und Form ein Inventar errichten wolle. Er muß nämlich innerhalb dreißig Tagen von Zeit des erfahrenen Anfalls gerechnet ein Inventar anfangen und binnen anderweitigen 60 Tagen vollenden: ist er von dem Orte abwesend, wo sich die Erbschaft oder der größere Theil derselben befindet, so wird ihm dazu im Ganzen ein Jahr und zwar vom Tode des Erblassers angerechnet eingeräumt. Die Veranlassung dieses Instituts kömmt aus einer von Gordianus erhaltenen Ansicht, daß Soldaten, wenn sie Erben würden, weiter nicht als auf den Bestand der Hinterlassenschaft haften. Wenn man auch nicht sagen will, daß die Antretung nach Inventarienrecht eine bedingte sey, so ist doch soviel gewiß, daß der Beneficial-Erbe weder den Gläubigern noch den Vermächtnißnehmern mit seinem eigenen Vermögen stehe. Außerdem muß er auch sonst in gewisser Art geschont werden: namentlich

1) solange er mit der Anfertigung des Inventars gesetzmäßig beschäftigt ist, darf er von den eben gedachten Personen nicht beläßigt werden.

2) Gewisse Kosten werden vor Allem von dem Vermögen abgezogen, die Leichenkosten, Publicationskosten des Testaments, und die Kosten der Verwaltung des Vermögens und der Inventarisation.

3) Der Inventarisirende muß tabularios beiziehen, man nimmt aber an, daß auch nur einer genug sey [1]).

4) Der Erbe soll das Inventarium unterschreiben; und

---

1) Mühlenbruch XLI. Bd. 359.

dabei zugleich den Betrag der Masse angeben; kann er nicht schreiben, so soll der tabularius unterschreiben; und der Erbe ein heiliges Kreuz machen.

5) In der Nov. 1. c. 2. §. 1. ist vorgeschrieben, daß Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder statt deren Vertreter zugezogen werden sollen.

6) Inwieweit diese Vorschriften wesentlich seyen, ist bestimmt genug nicht vorgeschrieben, auch kömmt bei uns Vieles auf den Localgebrauch an; ebenso ist es mit der Zeitberechnung, die man oft als utilis angenommen oft auch nicht gehörig beachtet hat, namentlich die ersten 30 und späteren 60 Tage, ja indem man die Inventarisation auch noch später zugelassen hat, wenn res integra war und Niemand widersprach.

7) Der Inventarisirende kann nicht mehr ausschlagen und schon deshalb läßt sich das jus deliberandi et inventarii nicht vereinigen [1]): der Kaiser will zwar neben dem Inventario auch das Deliberationsrecht in der Art zulassen, daß Derjenige, welcher nach altem Brauche deliberiren wolle, auch ein Inventar nach neuem Brauche machen könne; allein dadurch erreiche er die neuen Rechte nicht, vielmehr, wenn er in der Deliberationszeit nicht ausgeschlagen habe, so müsse er unbedingt antreten und mit seinem Vermögen haften [2]).

8) Bei dem Inventarienrechte gehen des Erben Foderungen nicht unter; aber wenn derselbe sieht, daß der Concurs begründet sey, so muß er dies erklären, und mit seiner Foderung sich einlassen. Die von dem Erblasser aber bei seinem Leben und im Testamente der Erbschaft wegen gemachten Veräußerungen der Güter des Erben ist er anzuerkennen nicht schuldig, indem er jetzt nur eine per-

---

1) A. M. ist Marezoll im Archiv VIII. S. 275. siehe jedoch Buchholz bei Linde Bd. X. Nr. 7. und v. Bangerow im XXII. Bd. des Archivs S. 173.

2) l. 22. §. 14. Cod. h. t.

sönliche Foderung hätte, weil er ja bei dem Inventarienrechte an seinem Vermögen nicht leiden soll.

9) Der Erbe kann keinen Nachlaßvertrag mit den Gläubigern in der Art abschließen, daß der geringere Theil sich unterwerfen müsse, denn diese Lehre findet nur statt, wenn der Erbe dadurch zu dem unbedingten Antrit gezwungen werden kann: vielmehr geht es hier in den Concurs. Dagegen können in einem solchen Falle die Gläubiger die separatio bonorum in Anspruch nehmen, um von dem Erben loszukommen, und keine Kosten für seine Person zu haben.

10) Wenn der Erbe die einzelnen Gläubiger bezahlt hat, so haftet er den privilegirten Gläubigern nicht, wenn er nicht dolo oder culpa lata verfahren ist: ebensowenig den Pfandgläubigern, denn die letztern haben die Pfandklage, und sie haben nicht weniger wie die privilegirten Gläubiger [1]) die condictio indebiti gegen die bezahlten Gläubiger.

11) Das beneficium inventarii gibt endlich dem Erben das Recht, den Vermächtnißnehmern die quarta Falcidia abzuziehen, sowie die Vermächtnißnehmer, wenn Nichts für sie übrig bleibt, Nichts erhalten. Anders ist dies bei dem Deliberanten [2]), wie der §. 14. cit. dies zwar nicht bestimmt genug zeigt, indem hier nur davon die Rede ist, daß der Deliberant die quarta nicht abziehen könne, woraus viele geschlossen haben, daß er aber darnach das Legat nicht zu zahlen habe, wenn Nichts da sey. Allein dieser Schluß ist ganz unrichtig, denn die quarta ist ein

---

1) l. 22. §. 4. 8. C. h. t.

2) In der Lehre vom Deliberationsrechte durchaus nicht einverstanden mit Mühlenbruch XLI. S. 383. ff. Wer deliberirt und ein Inventarium errichtet, der hat, wenn er a) in der Deliberationszeit sich affirmative entscheidet, blos ex jure deliberandi gehandelt, wenn er aber b) in derselben Zeit negative sich entscheidet, unbedingt ausgeschlagen. Will er aber nicht deliberiren, sondern das Inventarium benützen, so hat er ad a. bedingt erworben und haftet ad b. nicht. Freilich kann er ad a durch eine einfache Erklärung auch als unbedingter Erwerber dastehen.

besonderes beneficium und setzt die unbedingte Gültigkeit des Legats voraus. Ebendeshalb steht auch in der Nov. 1. c. 2. §. 2. auf das Deutlichste, daß der Erbe den Vermächtnißnehmern mit seinem Vermögen hafte: man muß nur zu dem Vordersatze non retinebit Falcidiam sed complebit legatarios auch den Nachsatz ziehen, der mit licet anfängt.

12) Im Zweifel ist der Beneficialerbe nach Allem diesen mehr ein procurator rei alienae, der Deliberant aber handelt auf eigenem Namen und Rechte.

13) Zur Bekräftigung des Inventars dient auch der Manifestationseid: aber er kann nicht dahin ausgedehnt werden, daß ihn ein Dritter schwöre, der zu der Zeit des Todes oder sonst um die Person des Verstorbenen war, damit man erkenne, daß derselbe von dem Vermögen desselben Nichts an sich genommen habe.

14) Nicht nach gemeinem Rechte, sondern nur nach Localgebrauche ist die Regel entstanden, daß der Erbe auf eine eidliche Specification die Rechte eines Inventarerben habe[1]): im Ganzen aber ist das von Justinian eingeführte Verhältniß wohl den Ansichten des deutschen Rechts, wornach der Erbe mit seinem Vermögen nicht haftet, gemäß, aber eben als vom Principe des römischen Rechtes abweichend und correctorisch möglichst streng aufzufassen.

§. 639.

Resultate der Erbschaftsantretung nach neuestem Rechte.

I. Allgemeine Bestimmungen[2]).

I. Die Erbschaftsantretung als Uebernahme einer ganzen Persönlichkeit kann so leicht nicht wieder aufgehoben

---

1) Haubold Lehrb. des sächs. Privatrechts §. 348.

2) Das SC. Silanianum kömmt bei uns nicht mehr in Betracht. S. jedoch Maier Erbrecht §. 117. Note 9.

werden, jedoch macht a) der Irrthum in objecto wie überall die Handlung ungültig. Das Object aber ist hier das Erbrecht in seinem juristischen Grund und Umfang. Also die Rücksicht auf die Delation und auf die Größe des Erbtheils[1]). Der Erbe muß auch wissen, ob er bedingt oder unbedingt eingesetzt sey, und wie es mit dem Eintrit der Bedingung stehe[2]). Soweit übrigens die Größe des Erbtheils oder die Bedingung nur etwas in facto, nicht aber über den Grund des Rechts selbst enthält, ist darauf nicht zu achten.

Die erzwungene Erbantretung macht die Handlung nicht eo ipso ungültig, sondern es muß eine Restitutio gesucht oder durch eine exceptio die Verbindlichkeit abgewehrt werden[3]).

Hat ein Betrug stattgefunden, so kann, wenn der Betrüger ein Gläubiger oder Vermächtnißnehmer ist, gegen ihn die exceptio doli erhoben werden, und ist der betrügende Gläubiger der einzige Gläubiger, so kann gegen die Erbschaftsantretung die Restitution stattfinden[4]). Ist der Betrüger ein Dritter, so kann der Erbe sich nur mit der actio subsidiaria doli helfen. Der Erbe kann aber hier keine Restitution gegen Gläubiger und Vermächtnißnehmer haben, was ganz anders bei der erzwungenen Erbantretung ist.

II. Wäre die Einsetzung des Erben bedingt, so kann nach der Ansicht eines Theils der römischen Juristen weder die cretio, noch die gestio, noch zuletzt die aditio eher geschehen, als bis die Bedingung existirt. Das Wählen in der Zwischenzeit zwischen Antretung und Ausschlagung hat

---

1) l. 22. 75. D. 29. 2.
2) l. 21. D. 35. 1. vergl. l. 21. §. 3. l. 80. D h. t.
3) l. 21. §. 5. D. 4. 2. l. 85. D. 29. 2. Ueber die l. 6. §. 7. D. 29. 2. Lesart und Interpretation siehe Schulting notae ad Pand. tom. V. pag. 125.
4) l. ult. D. 4. 5.

keine Folgen. Jedoch behauptet ein andrer Theil der römischen Juristen, daß eine Erklärung, den Gläubigern und Vermächtnißnehmern gemacht, wirksam sey [1]). Wenn man im prätorischen Rechte gegen Caution antrat, wurde man den Gläubigern und Vermächtnißnehmern doch erst mit der Bedingung verhaftet; allein die ersten konnten durch eine missio in bona den Erben zur Entscheidung bringen.

§. 640.

II. Von denjenigen, welche unter fremder Vertretung stehen.

A. Ist einem filius infans eine Erbschaft deferirt, so kann der Vater dieselbe in seinem Namen erwerben [2]). Wird das Kind selbst in der Folge restituirt, so muß der Vater den Gläubigern haften: hat aber der Vater ausgeschlagen, so kann das Kind, wenn es über die Jahre der infantia ist, antreten [3]). Hier kann der filius fam. nöthigenfalls mit einem Curator erwerben [4]), es genügt aber auch der consensus patris [5]). Der Vater hat dann daran keine Rechte [6]). Der Vater kann endlich auch die Erbschaft für sich selbst erwerben [7]).

B. Für einen pupillus infans kann der Vormund aus besonderer Concession die Erbschaft erwerben [8]). Ist der Pupill nicht mehr infans, so konnte ursprünglich der tutor b. pionem haben, jetzt aber kann er mit Zustimmung des

---

1) l. 21. §. 3. D. 29. 2. l. 21. D. 35. 1. Schulting notae ad l. 21. §. 3. D. 29. 2. Endemann de implendae cond. temp. pag. 37. 38. Mein Buch S. 184. Note 2.

2) l. 18. pr. C. 6. 30.

3) l. ult. §. 6. Cod. 6. 61.

4) l. 8. pr. §. 1. 2. Cod. 6. 61.

5) l. 18. §. 4. Cod. 6. 30. l. ult. §. 3. Cod. 6. 61.

6) Marezoll Archiv VIII. Bd. S. 262. Linde's Zeitschr. VIII. S. 100.

7) l. 18. pr. Cod. 6. 30.

8) l. 18. §. 2. Cod. 6. 30.

tutor oder mit Decret der Obrigkeit erwerben [1]). Hätte im Falle der infantia der Tutor nicht angetreten, dann treten diejenigen ein, welche ohne Rücksicht auf den Pupillen die nächsten gewesen seyn würden, wenn der Pupill in der infantia stirbt [2]).

C. Dem Curator eines Wahnsinnigen giebt Justinian die missio in bona, oder umgekehrt, dem Substituten die b. pio gegen die Caution. Im ersten Falle ist auch die b. pio in der Art bedingt, daß wenn der Wahnsinnige in diesem Zustande stirbt, nur diejenigen Erben eintreten, welche bei dem Tode des Wahnsinnigen die Nächsten sind: wird aber der Wahnsinnige gesund, so ist ihm Nichts verloren, er kann erklären, was er thun will [3]).

D. Bei einem prodigus, minor oder sonst Jemanden, welcher vermögensrechtliche Lasten nicht für sich übernehmen kann, wird die Erbantretung nur consensu des Curators bewirkt [4]).

Bei allen diesen Verhältnissen ist wohl zu bemerken, daß die civilrechtliche Antretung nur von der Person des Berechtigten selbst ausgehen mußte, von seinem unmittelbaren eigenen Willen [5]), was allein der Prätor veränderte, und was man sonst im Gegensatze der bonor. possessio mit Unrecht in dem actus legitimus finden wollte.

§. 641.

III. Von der jetzigen Form der Antretung.

A. Im alten Rechte hatte man die cretio und die pro herede gestio. Der suus aber bedurfte weder des Einen

---

1) l 18. §. 4. Cod. h. t. Siehe auch l. 7. Cod. 6. 9.

2) l. 18. §. 3. Cod. h. t. Nov. 158.

3) l. ult. §. 3. 8. 9. Cod. 5. 70. siehe das alte Recht, Wächter in der Tübinger Zeitschr. II. S. 177.

4) l. 5. §. 1. D. 29. 2.

5) Mayer S. 340.

noch des Anderen, und der Großvater konnte auch einen Großsohn als suus einsetzen, so daß dieser jeder weiteren Handlung entledigt war [1]): umgekehrt aber konnte auch der suus als voluntarius eingesetzt werden, wenn er unter der treffenden Bedingung gerufen war [2]). In dieser doppelten Richtung ist die Suität bei dem Erbantrit von der Suität des Notherbenrechts verschieden, zumal unter diese auch noch die postumi der l. 29. D. 28. 2. gehören. Auch ist die hier erwähnte Suität nicht blos ein Recht wie bei den Notherben, sondern auch eine Schuld, die von selbst (ipso jure) entsteht, und in welcher letzten Beziehung die sui nur durch das beneficium abstinendi hinwegkommen: davon sind nur diejenigen ausgeschlossen, welche nach Eintrit der Großjährigkeit sich eingemischt [3]), oder sich etwas von der Verlassenschaft in gewinnsüchtiger Absicht angeeignet [4]), oder auch nach der Abstention contrectirt haben [5]). Im Ganzen ist die Abstinirung nur eine Restitution, d. h. ein Erbe ist zwar nicht da, daher bleiben Substitutionen, wie bei jeder Restitution in Kraft, und auch die Vermächtnisse muß der suus zahlen, wenn er in fraudem abstinirt hat [6]). Außerdem aber werden die Vermächtnisse rückgängig, auch die Fideicommisse [7]).

---

1) l. 1. §. 8. D. 38. 16. l. 6. §. 5. 6. D. eod. A. M. hat de Lassberg obs. ad jus sui hered. praes. ratione nepotis. Jenae 1821. Löhr Archiv II. S. 198. Mühlenbruch XXXVI. S. 142.

2) l. 86. §. 1. D. 28. 5. l. 12. D. 28. 7.

3) Was auf die Umstände des Prozesses ankömmt, wer zu beweisen habe. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. §. 28.

4) l. 71. §. 3—9. D. 29. 2.

5) l. 91. D. eod.

6) l. 41. 42. pr. D. 29. 2. l. 2. §. 1. l. 12. D. 28. 6. l. 1. §. 7. D. 29. 4.

7) A. M. Glück XXIX. Bd. S. 239. Siehe aber Franke Beiträge S. 146. A. M. ist auch Wening Civilrecht III. §. 429. Dagegen Franke S. 142.

B. Der Prätor giebt die Antretung der Erbschaft bald ohne, bald mit Decret, auch wie schon erwähnt per procuratorem, und ihre Bedeutung liegt hauptsächlich in der Collision mit dem Civilrechte, wodurch die b. pio bald sine, bald cum re wurde. Auch die Gläubiger wurden vom Prätor in die Hinterlassenschaft mittirt, aber diese mußten die Deliberation der sui und auch der extranei abwarten, denn des Prätors Ziel war eine baldige Beendigung einer Erbschaftssache. Eben deshalb wurden hier den b. pores Termine gegeben, und nur für die Deliberation wurden auch den Civilerben als solchen, d. h. wenn sie nicht b. p. gesucht hatten, eine besondere Zeit gestattet [1]). Hugo meint freilich: dieses ganze Institut sey abgekommen; allein die Concurrenz ist an sich nirgends aufgehoben, Alles, was vom imperio magistratus abhängt, hat seine Zeit, und jede Erklärung vor der Obrigkeit muß einen solchen Termin haben: die Antretung ohne Procurator wäre sonst nicht möglich, und die Bedeutung des späteren Constitutionenrechts wäre ohne Voraussetzung der b. pio, wie schon oben gezeigt worden, gar nicht denkbar [2]).

C. Wenn man hiernach sieht, daß außer dem Wegfallen der solennen cretio eine unförmliche aditio [3]), und die pro herede gestio [4]) aus dem alten Civilrechte übrig ist — mit der Richtung der Suität und Abstinenz: sofort die b. pio — so gehört noch zur besseren Einsicht des Ganzen Folgendes bereits Bekannte Singuläre des neueren Rechts hieher:

a) Die Erben müssen den Pflichttheilsberechtigten gegenüber sich in einem halben Jahre erklären [5]).

---

1) 100 Tage für extranei — ein Jahr für Descendenten und Ascendenten.

2) Siehe auch die l. 8. Cod. h. t. Archiv II. S. 387.

3) Erst so entstanden Mayer S. 341.

4) Eigenschaften der gestio, mein Buch II. S. 183.

5) l. 36. §. 2. Cod. de inoff. test.

b) Außerdem können die extranei das jus deliberandi auch noch nach Justinian ausüben.

c) Jedenfalls aber können sie sich vollkommen sicher stellen durch das ihnen gewährte neue beneficium legis et inventarii [1]).

§. 642.

Wirkungen der Erbantretung.

A. Confusio.

Natürlich handelt es sich hier nicht von dem Besitze, worüber es keine Successio giebt, sondern nur von der Uebernahme der Vermögensrechte selbst in activer und passiver Hinsicht, so daß der Erbe nöthigenfalls aus seinem früheren oder späteren Vermögen zahlen muß. Nicht nur gehen also auch Rechte und Verpflichtungen des beiderseitigen Vermögens gegeneinander unter; sondern der Erbe ist den Gläubigern per universitatem verbunden, und er erfüllt die Vermächtnisse ex quasi contractu aditionis [2]).

§. 643.

B. Dispvsition über die Erbschaft im Ganzen.

Aus der Erbantretung folgt zunächst, daß man über die Erbschaft als über ein Ganzes disponiren darf. Der Act darüber ist aber keine Universal-, sondern nur eine Singularsuccession. Da der Verkäufer das bonae fidei negotium des Kaufes aus seiner Zeit zu vertreten hat, so steht er nicht dafür, was vor dem Verkaufe an der Erbschaft ohne seine Schuld weggekommen ist: aber dafür muß er stehen,

---

1) Die neueren Gesetzgebungen, z. B. der Code, haben blos das Letzte — einfach angenommen und beibehalten.

2) Auch bei der Erbantretung beneficio inventarii trit gedachte Confusion ein, nur nicht ursprünglich, sondern nach geschehener Vollziehung, also ex eventu oder conditionaliter.

was durch negligentia seinerseits oder auch so weggekommen ist, daß er dafür ein Surrogat hat [1]). Damit hängt zusammen, daß der Verkäufer wohl nicht über einzelne Sachen einen Vertrag abschließt, aber doch die besonders garantirten einzelnen Sachen auch pro evictione garantiren muß, und daher nur da nicht haftet, wo im Angesicht der universitas eine specielle Rücksicht nicht genommen ist [2]). Aus dem Erbschaftsverkaufe kömmt nicht wie bei der societas omnium bonorum eine unmittelbare Erlangung des Eigenthums an den einzelnen Sachen; daher der Verkäufer auch nach dem Verkaufe einzelne Sachen Andern abgeben kann, aber natürlich dem Käufer deshalb obligatorisch verantwortlich ist [3]).

Von den Erbschaftssachen und der dadurch gebildeten universitas ist nicht auf den juristischen Umfang des Erbrechts zu schließen. Der Verkäufer bleibt nämlich immer heres, und wenn der Käufer heredis loco trit, so heißt dieses nur, er kann wie ein Cessionar die Schulden der Erbschaft einkassiren, weshalb auch die natürliche Verbindung der Lehre mit der Cession in den Pandecten ist [4]). Dagegen können die Gläubiger der Erbschaft nicht an den Käufer gewiesen werden, obgleich der Verkäufer sich jedenfalls durch die actio venditi entschädigen kann. Auch durch die gegenseitigen stipulationes wurde an diesem Verhältnisse Nichts verändert, denn es entstand nur eine zweite und neue Obligation, d. h. daß der Verkäufer Alles herausgeben wolle, was später zu der früher verkauften universitas gehöre, und daß der Käufer alle Schulden bezahlen wolle, die auf die universitas oder auf den verkauften Theil fallen. Eben deshalb geht die Pupillarsubstitution nicht auf den Käufer über, zumal in dem objectiven Umfange dies

---

1) l. 2. §. 3. D. 18. 4.
2) So ist die l. 1. Cod. 8. 45. auszulegen.
3) l. 6. Cod. h. t. l. 21. D. 18. 4. Hasse Culpa S. 405.
4) l. 5. Cod. 4. 39. l. 6. D. 50. 17.

eine zweite Hinterlassenschaft ist [1]), und eben so wenig geht das Accrescenzrecht über [2]), weil, soferne nur Theile der Erbschaft veräußert werden, diese die Natur des Vertrages bilden, wenn nicht derselbe ausdrücklich weiter geht. Am wenigsten paßt hieher die oben erwähnte Stipulation, weil diese keine besondere Vertragserklärung, sondern nur die formelle Sicherung des früher abgeschlossenen Verkaufes im allgemeinen ist. Durch eine solche Stipulation wird nichts neues über die Natur und den Umfang des Erbschaftsverkaufes bewirkt. Es handelt sich auch hier, sowie im Verkaufe selbst, nur um den Umfang der Güter und des damals bestandenen Rechts, nicht um ein neues erst später entstehendes Recht. Und die andere Stipulation spricht von den Schulden nur insoweit, als sie dem acquirirten Erbtheile zugehören [3]). Dagegen ist gewiß, daß die erloschenen Foderungen und Schulden des Verkäufers wieder aufleben, schon weil dieses dem bonae fidei negotio zusagt; soferne nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet ist [4]). Nur wenn der Fiscus die ihm angefallene Erbschaft verkauft, so giebt er sie ebenso weiter, wie sie ihm zugefallen ist, und zwar sowohl bei den Indignitätsfällen [5]) als bei der successio in bona vacantia [6]).

§. 644.

C. Separation der Erbschaftsgläubiger [7]).

Alle diejenigen, welche Ansprüche an die Erbschaft ha-

---

1) l. 2. §. 2. D. h. t.
2) l. 2. §. 3. D. eod.
3) In unserm Buche II. S. 52. haben wir sogar angenommen, daß, weil der Verkäufer die hereditatis petitio selbst nicht cedire, schon deshalb nicht das Accrescenzrecht übergehe.
4) l. 2. §. 18. 19. D. h. t.
5) l. 54. pr. D. de hered. pet.
6) l. 41. D. 49. 14. l. 1. Cod. 4. 39.
7) Dig. 42. 6.

ben, also die Gläubiger und unter Umständen auch die Vermächtnißnehmer [1]) können verlangen, daß das Vermögen des Erblassers und des Erben nicht vermischt werde. Ja die Erben selber können sich auf gleiche Weise vorsehen [2]), und man nennt ihr gemeinsames Rechtsmittel indemnitatis remedium, welches in der Art einer Restitution erscheint, wenn dasselbe zur gehörigen Zeit gebraucht wird. Vorausgesetzt wird freilich und zwar:

1) Bei den Gläubigern, daß sie nicht bereits den Erben als ihren Schuldner anerkannt haben [3]), oder daß bereits eine Mischung des Vermögens des Erben und der Hinterlassenschaft vorgegangen ist [4]), weshalb auch ähnlich den Restitutionen [5]) eine Verjährungszeit von fünf Jahren gesetzt wurde. Dann aber können diese Gläubiger das Vermögen des Erben zum Nachtheil von dessen Gläubigern auf keinen Fall in Anspruch nehmen [6]); jedoch ist ihnen der Erbe aus seiner Antretung allerdings verhaftet, aber nur nach den Gläubigern, die dieser vor der Erbschaft hatte [7]).

2) Bei den Legatarien, daß diese den Gläubigern des Erblassers im Allgemeinen nachstehen [8]). Suchen uun die Legatarien die Separation nach, so werden wohl die Gläubiger der Hinterlassenschaft und des Erben zusammen classificirt, aber die Legatarien sind nicht schuldig, den Gläubigern des Erben nachzugehen. Hätten nun die Gläubiger des Erblassers die Separation nicht gesucht, und die Lega-

---

1) l. 40. D. 44. 7.
2) l. 2. Cod. 7. 72.
3) l. 1. §. 10. 11. 15. 16. D. 42. 6.
4) §. 12. 13. eod.
5) §. 14. eod.
6) l. 1. §. 17. l. 3. §. 2. l. 5. D. h. t.
7) Diejenigen, die freilich ausdrücklich auf das Vermögen des Erben verzichten, haben auch, soferne sie betrogen sind, keinen Rückgriff. So ist die eben angeführte l. 5. zu verstehen.
8) l. 6. pr. D. h. t.

tarien treten wegen ihres Gesuches in die Stelle der Gläubiger des Erben, und werden bezahlt, so können die Gläubiger des Erblassers dieses nicht wieder von den Legatarien abfodern, einmal, weil es eine restitutio restitutionis nicht giebt, und das andremal, weil expost nach solcher Verhandlung der Sache den Gläubigern eine neue missio in bona an sich nicht gegeben werden kann. Dieses Alles macht sich nicht nach den allgemeinen Rechtssätzen, sondern nach der prozessualischen Erscheinung [1]). Hätten die Gläubiger der Erbschaft und die Legatarien zugleich die Separation gesucht, so werden schon die Gläubiger der Erbschaft und des Erben nicht zusammen classificirt; aber die Legatarien kommen auf jeden Fall nach den Gläubigern des Erben und der Erbschaft, so, daß auch ihre Separation nur unter einem ausdrücklichen Verzichte irgend einen Einfluß auf das Vermögen des Erben hat, der ja seinerseits einmal angetreten hat.

3) Auch die Miterben suchen Separation und zwar ihrer Theile, wenn ihre Miterben nicht solvent genug sind: zwar haften diese den beiderseitigen Gläubigern und den Legatarien, aber soweit keine Art von Solidarität vorhanden ist, können sie dadurch jeder Art von culpa oder negligentia ausweichen.

Das Rechtsmittel von 1. und 2. geht auf die ganze Hinterlassenschaft, steht auch den chirographarischen Gläubigern zu; aber es kömmt auf eine oder die andere vom Erben bona fide veräußerte Sache nicht an, indem die Gläubiger oder Legatarien von deren Rückersatz abstrahiren können [2]), und res dennoch integra genug ist.

---

1) Fritz im Archiv XII. Bd. S. 416.

2) l. 2. D. h. t.

§. 645.

D. Transmission.

Diese Lehre ist eigentlich eine Ausnahme und ein Gegensatz von und zu der Omission.

Ein alter Satz war nämlich der, daß, wer als Erbe eingesetzt bei seinem Leben omittirt, auch seinen Erben die Erbschaft verloren hat. Nicht erst aus der **L. Julia et P. P.** ist abzuleiten, daß, wer ante apertas tabulas sterbe, die Erbschaft auf seine Erben nicht transmittire. Noch weniger kommen hiebei die Gläubiger in Betracht, für die schon auf andere Weise Vorsorge getroffen ist.

Die Transmission kam ursprünglich in zwei Fällen vor:

1) Wenn ein in der **legatio rei publicae causa** Beschäftigter die Zeit zur Geltendmachung versäumte, oder die durch einen Stellvertreter vorgenommene **agnitio bonorum possessionis** nicht genehmigen wollte; hier konnte im letzteren Falle der Erbe desselben an die b. pio sich halten, im ersten Falle hätte der absens selbst Restitution gehabt, und deferirte sie auf seine Erben [1]).

2) Wenn einem eingesetzten Erben wegen der Erwartung eines postumus die Antretung nicht möglich war [2]), hier konnte die etwa gesuchte b. pio auch dessen Erben gewährt werden [3]); ebenso war es, wenn wegen der b. p. Carboniana von einem später Berufenen das Erbrecht noch nicht geltend gemacht werden konnte [4]).

Es entsteht nun zunächst die Frage, ob man sich im justinianischen und neueren Rechte an die ebenerwähnten Fälle

---

1) l. 86. pr. D. 29. 2. Mein Buch II. S. 192. Note 3.

2) l. 5. D. 37. 4.

3) Die wegen der Sklaventortur nach dem SC. Silaniano kömmt nicht mehr vor.

4) Buchholz Abhdl. S. 61. meint, nicht jedem eingesetzten Erben, sondern nur dem emancipatus sey die Restitution gegeben, allein mit Unrecht. Mein Buch II. S. 193.

halten soll, oder ob ein allgemeiner Grundsatz der bonorum possessio, restitutio oder vielleicht gar transmissio vorhanden gewesen sey. Das Letztere, d. h. eine Transmission, aus gewissen Billigkeitsgründen anzunehmen ist nun gewiß nicht richtig, indem sonst Alles auf die unstäte Untersuchung der Billigkeit hinausführen würde, und nur außerdem der Begriff von Restitution, die oft nicht dem unmittelbaren Erben zustand, zu Gunsten der Erben desselben etwas erweitert werden dürfte. Aber sicher ist es, daß leicht eine b. pio decretalis gegeben wurde, und daß unter dem Namen der Restitution auch andere Fälle von den Römern angewendet worden sind, und jetzt anzuwenden sind, um die Härte des sonst unverschuldeten Verlustes einer Erbschaft zu beseitigen [1]). Im Ganzen wird es freilich auf die absentia rei publicae causa hinausgehen — ob nicht in unsrer Restitutionslehre auf die absentia in andrer Absicht: ob also zwischen rechtlichen und factischen Gründen unterschieden werden könne: ist zweifelhaft, doch sind wir sehr mit vielen Gelehrten für die Ausdehnung des Grundsatzes jeder Restitution [2]).

§. 646.

Fortsetzung.

Gewiß ist es, daß man bei einem suus abstinens dessen Erben half, soferne der suus zur Deliberation sich geneigt gezeigt hatte. Ein altherkömmlicher Fall war es ohnedies, wo der Vater die seinem filius infans zugefallene Erbschaft als auf sich übergegangen ansehen konnte [3]), was aber eigentlich gar nicht hieher gehört [4]).

---

1) Sehr erklärlich ist es, daß in unsrer Doctrin und Praxis in dem Umfange und in der Art der Ausdehnung die Ansichten unmöglich gleich seyn können.

2) Also auch ex clausula generali.

3) l. 18. §. 1. 3. Cod. 6. 30.

4) Mayer §. 115.

Was aber die erste Hinsicht betrifft, so war dieses gewiß eine Folge der angenommenen prätorischen b. pio [1]). Eben deshalb kann man wohl auch lehren, daß die Erben des b. por's selbst eine Deliberationsfrist haben, nicht weniger die Erben desjenigen, welchem als Erben eine gewisse Zeit zur Deliberation vom Testator gegeben war.

Beides also, die sogenannte transmissio ex jure suitatis, wie die im Testamente gegebene oder sonst gesetzlich bestimmte Antretungszeit sollte den Erben des Erben im prätorischen Geiste offenbar zu statten kommen, und dieses ist eine directe und offenbare Erweiterung des sogenannten Transmissionsrechtes.

§. 647.

Transmissio Justinianea.

Zu der bisherigen Restitutionstheorie, sowohl in den einzelnen Fällen und in der Regel (§. 645), als auch in den Singularien des §. 646. kömmt jetzt eine neue Erscheinung, eine abermalige Regel durch Justinian, wozu sich denn die theodosianische Transmission nur als ein Singularrecht verhält.

Justinian hat nämlich im Ganzen zweierlei verfügt:

1) Daß die für den suus angenommene, aber auf jeden Deliberans ausgedehnte Deliberationszeit auf seine Erben übergehen solle.

2) Daß, wenn Jemanden die Deliberation nicht würde versagt worden seyn (si quis deliberationem meruerit), derselbe aber noch unschlüssig war, das arbitrium auf seine Erben übergehen soll, jedoch so, daß von der Zeit an, wo der erste Erbe die Delation erfahren hat, nie mehr als ein Jahr frei stehe [2]).

---

1) Thibaut Vers. II. Nr. 7. Marezoll in seiner Zeitschr. II. S. 87.

2) l. 19. Cod. 6. 30. Nov. 158.

Was nun dies Verhältniß unsrer justinianischen Anordnung betrifft, so ist ein Streit darüber, ob wenn der Erbe wirklich die Deliberation nachgesucht und 9 Monate dafür erlangt hat, seine Erben nach dessen Tode noch weitere 3 Monate aus dem oben sub 2. angegebenen Deliberations- und resp. Transmissionsbeneficium ansprechen können, entstanden; wobei wir der Ansicht sind, daß dasjenige, was der Erbe schon für sich erbeten hat, auch für seine Erben Bedeutung haben müsse, und diese also nicht mehr auf einen ganz anderen hiemit nicht zu vermischenden Grund um so weniger zurückkommen dürfen, als in der That derselbe gar nicht auf sie paßt.

§. 648.

Transmissio Theodosiana.

Diese Verordnung [1]) ist eben so bedenklich, wie die vorige: daher eine Menge Controversen sich hier finden. Gewiß scheint uns:

a) Daß von einem Testamente die Rede ist, wo ein Ascendent seine Descendenten eingesetzt hat, also ist die Lehre auf die Intestaterben auf keine Art anzuwenden, obgleich es billiger gewesen wäre, die Verordnung auch auf diese auszudehnen, zumal unter Justinian, wo die Lehre von den caducis und den apertis tabulis weggefallen war.

b) Daß der eingesetzte Erbe den Testator muß überlebt haben. Zwar glauben Hugo Pandecten 7te Aufl. §. 163. Löhr Archiv 2. Bd. S. 193., es sey die theodosische Ansicht eine stillschweigende Substitution, zumal von deren Eintrit ante apertas tabulas die Rede sey, d. h. nach dem Rechte der L. Julia et P. P. vor der Delation; allein das Recht vor der Delation nach dem Tode des Testators ist

---

1) 1. un. Cod. 6. 62.

von dem gewöhnlichen Rechte vor der Delation doch gewiß zu unterscheiden [1]).

c) Daß die Verordnung auch für den Fall gilt, wo das Wegfallen erst post apertas tabulas statt hat, obgleich der Kaiser als natürlichen und directen Fall nur den ante apertas tabulas im Sinne hatte. Besonders hier möchte sich die Nützlichkeit der Verordnung zeigen, weil hier weder eine Restitution, noch die justinianische Verordnung eingreifen kann, das erste wegen fehlenden Grundes, das andere, weil das Jahr vorüber seyn kann, und also gerade dadurch die theodosische Verordnung als ein recht wirksames jus singulare erscheint [2]).

Sicher ist aber, daß der Erbe den Anfall nicht kennen muß, weil ja auch ante apertas tabulas die Transmission gestattet wird.

§. 649.

Von der Repudiation und Omission.

Die ausdrückliche Repudiation muß unbedingt und ohne allen Vorbehalt geschehen. Wenn daher Jemand mit Reservationen ausschlägt, so kömmt Alles darauf an, was er hierauf wirklich thut: denn gerirt er pro herede, so ist seine repudiatio eine protestatio facto contraria.

Auch gegen die ausdrückliche Repudiation ist eine Restitution möglich, natürlich nach den bekannten allgemeinen Grundsätzen. Hätte ein Familiensohn durch die Ausschlagung, die der Vater macht, die Erbschaft verloren, sodann proprio Marte sie angetreten, wollte aber als minor jetzt dagegen restituirt seyn, so findet dieses Gesuch nicht statt, ne ludibrio leges fiant [3]).

---

1) Bei Linde Zeitschr. 9. Bd. 7. Abhdl. Steppes die Lehre von der Transmission. München 1831. Mayer Erbrecht S. 322 ff.

2) Mein Buch II. S. 202.

3) l. 8. §. 6. Cod. 6, 11.

Was die stillschweigende Ausschlagung oder Omission betrifft, so muß Alles nach den Grundsätzen des Civil- und prätorischen Rechts, ferner nach denen des älteren und neueren Civilrechts bemessen werden. Jure praetorio war Alles an die Zeit gebunden, und nur ignorantia facti oder absentia konnten helfen. Die ignorantia juris entschuldigte in dieser Lehre des prätorischen Rechts nicht einmal die Weiber. Jure civili antiquo schadet die bloße Omissio in alle Ewigkeit nicht: ausgenommen, wenn der Erbe ausdrücklich in der Bedingung eingesetzt ist, sich in einer gewissen Zeit zu erklären. Vorbehalte, theilweise Erklärungen helfen hier Nichts [1]). Wenn aber nach neuerem Rechte die Deliberation gesucht wird, und zwar:

a) Bei einem Substituten, so muß bei der Omission des Eingesetzten erst der Substitut zum Antrite oder zur Omission vermocht werden.

b) Außerdem aber ist der Deliberant, wie bei der alten cretio oder bei einer auf die Zeit der Antretung gestellten Bedingung oder bei der bonorum possessio durch die Omissio verloren [2]).

Bei dem Inventarienrechte kömmt natürlich eine Omission nicht vor, und derjenige, der in 3 Monaten sich ausdrücklich lossagt, erlangt dadurch gerade nur soviel, daß er sich über die Nichtausübung des Inventarienrechts decisiv erklärt.

Hätten sich die Gläubiger in die bona defuncti immittiren lassen, so verliert der Omittent, der kein Deliberations- und Inventarienrecht gebraucht hat, Nichts; aber er kann sich vor der Hand der Realisirung des Rechts der Gläubiger nicht widersetzen. Allein expost wird sich ent-

---

1) l. 1. 2. D. 29. 2.

2) Der neuere Unterschied, daß zu Gunsten des Substituten angetreten sey, ist hiernach ganz falsch.

scheiden, ob und auf welche Weise er sein Recht geltend mache.

Wenn Jemand dolose das Testamentserbrecht ausschlage, um als Intestaterbe anzutreten, so sollen dadurch die Vermächtnißnehmer nicht leiden [1]). Etwas anderes aber ist, wenn der Testamentserbe einer Bedingung nicht nachkommen will. Nun behauptet v. Löhr, daß auch hier die Vermächtnisse bezahlt werden müßten: allein man unterscheide, ob die auch an die Intestaterben gerichtete Codicillarclausel beigefügt ist, wo die Sache keinen Zweifel hat, oder ob dies der Fall nicht ist: für den letzten Punkt scheint uns, daß die Nov. 1. c. 2. nur sage — die Intestaterben hätten das Verbot des Abzugs der quarta Falcidia anzuerkennen, soferne der Testator den Intestaterben die Bezahlung der Vermächtnisse ausdrücklich aufgelegt habe. —

§. 650.

Verhältniß des Erben zu den Miterben und zu den Vermächtnißnehmern.

I. Während die bishieher vorgetragenen Rechte und Pflichten auf dem Begriffe der Universalsuccession ruhen, und der Erbe dadurch lediglich in die Stelle des Erblassers trit, sowie die Grundlage zur weiteren Succession legt, auch so wenig die Gläubiger wie der Erbe andere Rechtsmittel erwerben, als der Verstorbene hatte, und die Erbrechtsmittel nur in Betracht kommen, wo es nicht zugleich der Ausübung des speciellen Rechts als vielmehr einer allgemeinen Frage nach dem Erbrechte gilt, welchem freilich auch der Erbschaftsschuldner unterworfen werden kann: — so kommen jetzt andere Rücksichten, die in der That erst als neue Lasten des Erbrechts, als solche Obligationen erscheinen, welche den Erblasser nicht angehen, und wovon man gewöhn-

1) l. 6. §. 1. 3. 5. D. 29. 4.

lich sagt, daß sie quasi ex contractu hereditatis aditae kommen. Immerhin liegen zwar dieselben in der Anordnung des Erblassers und alle Klagen lassen sich darauf zurückführen: allein der Erbe ist hier doch nicht reiner Universalsuccedent, sondern muß etwas thun, wozu er sich speciell anheischig gemacht hat. Man nenne daher den quasicontractus eine Fiction oder eine eigene juristische Kraft, so ist er schon deshalb wichtig, um die Person des Erblassers und des Erben hier zu unterscheiden. Besonders zeigt sich dieses bei der Suität, indem diese nicht an sich, sondern nur unter Voraussetzung einer Anerkennung der Anordnung, und nicht in der blosen Anordnung selbst für die Vermächtnisse gebunden wird, und daher auch in der b. pio contra tabulas die Antretung der Erbschaft für die exceptae personae präsumirt wird. Wenn man daher hier auch nicht eine actio personalis ex testamento annehmen könnte, so giebt es doch eine Klage der Vermächtnißnehmer quasi ex hereditate adita [1]).

II. Eben deshalb hat diese Lehre ihren natürlichen Standpunkt entweder bei den besonders übernommenen Obligationen oder gelegentlich bei den gesammten Rechtsmitteln des Erben. In der ersten Hinsicht ist wichtig, daß die Zinsen, Accessionen, die mora, die culpa nicht ex testamento, sondern nach der Gestionsverpflichtung beurtheilt werden, daß hier von einer obligatio bonae fidei lange schon die Rede war, ehe Justinian die hereditatis petitio so aufstellte, und daß schon deshalb die Verpflichtung aus etwas Anderm kömmt, als aus dem strictum jus testamenti, wie Holtius meint.

III. Vor Justinian konnte der Erbe für sich durch ein Geschäft seines Erblassers inter vivos nicht verbindlich werden, sondern nur durch Testament oder Codicill. Justinian hat inconsequent dieses Princip aufgehoben [2]).

---

1) §. 4. J. III. 27.
2) Cod. 4. 11.

IV. Daß endlich alle diese Obligationen nicht ex testamento allein kommen, zeigt noch folgendes Verhältniß: Wenn der eine Erbe angetreten hat, und der andere nicht, ja dem Letzteren die Erbschaft vielleicht noch gar nicht deferirt ist, wie bei der bedingten Einsetzung, so wird der Erste nicht gehindert, die jura hereditaria in solidum zu verfolgen [1]). Freilich ist er dereinst abzutheilen schuldig, und zwar, weil der Andere angetreten hat, in der Art, daß er auch den von ihm gemachten Aufwand wieder verlangen kann, und soferne er bei der Einfoderung seines Miterben gedacht hat, actione familiae herciscundae — außerdem durch die allgemeine Geschäftsklage — (negotiorum gestorum) [2]).

§. 651.

Von der Theilung im Allgemeinen.

Ohne Rücksicht auf den Prozeß ist hier nur Folgendes zu bemerken:

I. Nach dem Inventarienrechte, dessen sich auch die Miterben theilhaftig machen, um sich nicht zu beunruhigen [3]), muß der reine Activstand herausgestellt werden. Um die unbekannten Gläubiger kennen zu lernen, citirt man sie gewöhnlich edictaliter — oft unter dem Präjudize, von der Vertheilung der Masse ausgeschlossen zu werden, allein dieses hat doch nur den Zweck, ihnen, wie schon in der Constitution über Inventarien liegt, die condictio indebiti und andere Rückfoderungsrechtsmittel zu gestatten.

II. Die Theilung geschieht entweder nach der gewöhnlichen Natur der Privatrechtsgeschäfte, z. B. Kauf, Tausch, oder Versteigerung des Einzelnen und arithmetische Vertheil-

---

1) l. 7. D. 10. 2.

2) l. 25. §. 15. D. eod.

3) Gleich den Legatarien.

lung des Ganzen oder durch ein judicium arbitrarium. In der ersten Hinsicht, auch wenn öffentliche Beamte mitwirken, sind doch nur die Rechte eines Vertrags vorhanden, wornach es auf Irrthum, Betrug, Zwang, Bedingungen u. s. w. ankömmt. Eine restitutio gegen den Vertrag findet statt, nicht aber contra rem judicatam. Aber weder in der einen noch andern Rücksicht kömmt ein Dritter in Betracht, und ein Erbschaftsgläubiger braucht sich wegen seiner Foderung nicht an einen einzelnen Erben verweisen zu lassen. Dagegen kann der Erbschaftsschuldner jure cessionis an einen einzelnen Erben allerdings verwiesen werden.

§. 652.

Von der Collation.

Es giebt hierüber zwei Theorien, wovon freilich die Eine in unsrer Praxis sichrer steht, als die Andere. Die letzte ist erst durch Franke und jetzt durch Mayer wieder mehr hervorgehoben worden, und darnach soll es eine dreifache collatio geben, nämlich:

a) Der emancipati, aber nur in der Concurrenz mit den suis, denn unter sich conferiren sie nicht. Auch conferiren Jene nur, da die castrensia, quasi castrensia, ferner die adventitia und dabei auch dasjenige, was ganz in derselben Rücksicht nach der Emancipation erworben ist, für unconferirbar erklärt wurde, dasjenige, was der emancipatus vom Vater selbst hat, und den ususfructus an den ehemaligen Adventitien, welchen der Vater genossen haben würde, wenn er seine Kinder nicht emancipirt hätte.

b) Der Tochter, auch wenn sie als Angehörige des Vaters sich verheirathete, hinsichtlich ihrer dos

c) aller Kinder wegen der donatio propter nuptias, und, soferne eine Collation überhaupt stattfindet, auch desjenigen, was ihnen vom Vater oder von der Mutter geschenkt worden, zumal die collatio ad b. und c. auch gegen die mütterliche Erbtheilung geht. Möglich ist es hiernach, daß ne-

ben der collatio ad c. und ad b. auch noch unter gewissen Verwandten die collatio ad a. vorkomme, wobei die emancipati deshalb schlimmer daran seyn werden, weil sie etwas Besonderes zu conferiren haben, und die Enkel und Urenkel durch Töchter und Enkelinnen, die eben so daran sind, wie die emancipati, gar nicht in Anspruch kommen: so daß dann schon hier die größte Ungleichheit der Rechtsverhältnisse entsteht, obgleich auch an sich schon die verschiedensten Collationsgründe nebeneinander stehen.

Die andere Lehre geht darauf, daß die collatio emancipatorum durch die Nov. 118. stillschweigend aufgehoben sey, weil die Collation nur eine Modification des Intestaterbrechts ist, und weil das sogenannte profectitium der emancipati jetzt als Schenkung erscheint, und weil ja der Vater kein Recht an dem ususfructus der adventitia haben kann, da die emancipatio von ihm selbst ausgeht, und er auch ein praemium emancipationis hat[1]). Sofort ist an sich die collatio dotis ihrer Natur nach mit der collatio aus l. 20. Cod. 6. 20. in natürliche Verbindung gebracht.

Nach der buchstäblichen Interpretation des Rechtes im Corpus juris, welcher die Griechen folgten, ist wohl die erste Meinung anzunehmen. Dabei mußte man denn auch bald darauf verfallen, daß bei der dritten Collation auch die donatio simplex conferirt werden müsse, wenn keine dos oder donatio propter nuptias in Betracht komme, was gewiß ebenfalls falsch ist[2]). Sicherlich nämlich scheint uns auch die erste Ansicht unrichtig, soferne man nur bedenken will, daß Justinian seine Constitution im Verhältnisse zu den früheren Constitutionen keineswegs wissenschaftlich verarbeitet, sondern wie seine Sammlung selbst, mit allen an-

---

1) Für die erste Meinung sind die Griechen, für die andere die Glossatoren.

2) Mein Buch II. S. 205 ff.

dern Constitutionen historisch aneinander gestellt hat [1]). Auf diese Weise ziemte es den Interpreten von den Glossatoren an, die Abänderung des Alten, durch den Geist des Neuen zu zeigen [2]). Jedenfalls aber ist gewiß, daß auch in die neue Collation Schuldposten nicht gehören, womit das eine Kind an die elterliche Masse verhaftet war.

§. 653.

Grundsätze bei der Collatio.

I. Die l. 20. Cod. 6. 20. stellt die Ansicht auf, daß die Descendenten eine Collationspflicht unter folgenden Umständen haben. Vor Allem muß die dos conferirt werden, auch wenn sie in des Mannes Händen ist, und offenbar ruht schon dieser Gedanke darauf, den Töchtern nicht nur als emancipatis, sondern auch als suis die wichtigste Art ihrer Collationspflicht aufzulegen [3]). Sofort sollen auch die andern Descendenten dasjenige conferiren müssen, was sie sich in ihren Pflichttheil müssen anrechnen lassen. (Dies ist keine factische, sondern juristische Gleichheit). Auch deshalb wird conferirt die dos, die donatio propter nuptias und was inter vivos zur militia gegeben ist. Endlich geht Justinian noch weiter, und will von andern Descendenten auch die donatio simplex conferiren lassen, wenn ein Anderer unter ihnen dotem oder donationem propter nuptias conferire.

II. Ohne solche Concurrenz aber ist die donatio simplex nicht conferirbar. Zwar steht in einer der l. 20. Cod.

---

1) Justinian sagt auch in dem letzten Gesetze der Nov. 18. c. 6. kein Wort von der collatio emancipatorum.

2) Mein Buch II. S. 207—216.

3) Hier aber konnte das alte Recht — der collatio emancipatorum noch fortbestehen, denn es wurde jetzt nur ein zweites auch auf das mütterliche Vermögen sich beziehendes Collationsinstitut eingeführt.

h. t. nachfolgenden Novelle (18. c. 6.) daß die Collationspflicht bei einem Testamente nicht ausgeschlossen sey, und es kommen hier neben der dos vor „et quae sunt relicta.“ Dies könnte im beßten Falle von dem vorausbezahlten Erbtheile verstanden werden [1]), zumal am Ende der Novelle das alte Princip bestätigt ist, wornach eben in der l. 20. Cod. keine factische, sondern nur eine juristische Gleichheit verstanden wird, zumal die erste gar nicht zu erlangen ist.

III. Eine doppelte Collatio, d. h. der Descendenten im Allgemeinen und der emancipati insbesondere gegen die sui kann nicht mehr vorkommen; das Letzte würde auch an sich auf unsere ganze Ansicht von der Auflösung der väterlichen Gewalt nicht recht passen.

IV. Nach dem Geiste des neuesten Instituts conferiren nur jene Descendenten, welche ab intestato succediren, und die daher gleichsam etwas anticipirt haben: also müssen die Enkel dasjenige nicht conferiren, was sie von ihren Großeltern empfingen zu einer Zeit, wo ihre Eltern noch lebten, gesetzt auch sie hätten ihre Eltern beerbt. Wäre also das conferendum bei ihren Eltern zu Grunde gegangen, so sind sie frei, denn die Collatio beruht auf einer Restitutionsobligatio. Ist aber das conferendum in ihrem Vermögen, so verlangt die Billigkeit, daß sie sich es anrechnen lassen.

V. Wenn Andere an die Stelle der Collationspflichtigen treten, z. B. ein Substitut oder ein Erbe jure accrescendi, so brauchen diese das conferendum des Collationspflichtigen

---

1) Haenel diss. dom. pag. 591. Auch kann man es von andern zur Unterstützung der Kinder von den Eltern gegebenen Aussteuer und andern Ueberlassungen verstehen, mein Buch II. S. 219., denn es liegt ja hier eine causa oder ein modus: und es ist also dieses an sich keine reine donatio, und die Ausschließung der reinen Schenkung scheint auf einer alten Ansicht zu beruhen, wo ein emancipatus nicht conferirte, wenn er mit einem beschenkten suus concurrirte (l. 13. 18. Cod. h. t.) aber dies Alles führt auf die Aufhebung des Alten durch die neue umsichtigere Einrichtung.

nicht zu übernehmen. Naturales conferiren nie, weil ihr singuläres Erbrecht nur ein Surrogat der natürlichen Alimentationspflicht ist.

VI. Die Collationsverbindlichkeit fällt ganz weg:

a) Wenn der sonst Verpflichtete auf die Theilnahme an dem Erbrechte verzichtet [1]).

b) Wenn der Erblasser die Collation untersagt [2]).

c) Wenn die Restitutionspflicht im Allgemeinen erloschen ist, z. B. durch den zufälligen Untergang der der Collation unterworfenen Objecte [3]).

VII. Wenn bei einer Schenkung dieselbe als zur Collation geeignet ausgesprochen ist, so ist dieses wohl keine Schuld, denn wenigstens ist das hier zu bemerken, daß jetzt ganz andere Grundsätze wegen Accessionen, Säumniß und Klagbarkeit hier eintreten, wie bei den reinen Schulden [4]).

VIII. Die Collationspflicht wird aus der Todeszeit des Erblassers berechnet [5]), und erst von hier laufen, wenn der Erbe säumig ist, Zinsen. Die Berechnung geschieht entweder außergerichtlich durch Einrechnung, oder durch die exceptio doli, wo auch Cautionsleistung verlangt werden kann [6]), besonders wenn der Pflichtige säumig ist [7]): endlich durch die familiae herciscundae actio.

§. 654.

Vom Accrescenzrechte [8]).

Historische Einleitung.

I. Das Anwachsungsrecht gehört in das System des

---

1) l. 25. Cod. 3. 36. l. 8. 9. D. de dot. coll.

2) Nov. 18. c. 6.

3) l. 1. §. 23. l. 2. §. 2. D. h. t. l. 6. Cod. h. t. l. 1. §. 6. D. de dot. coll. Nov. 97. c. 6. und schon aus allgemeinen Grundsätzen.

4) Mein Buch II. S. 221. a. E.

5) l. 1. §. 9. 11. 12. D. h. t. l. 5. Cod. h. t.

6) l. 14. Cod. h. t.

7) l. 1. §. 10. 13. D. h. t.

8) Ueber das Wort accrescere: Dirksen manuale, besonders

Erbrechts schon wegen des Satzes: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest [1]). Aber es gehört zugleich in die Lehre von der Interpretation des letzten Willens, und zwar nicht blos hinsichtlich der Erben, sondern auch hinsichtlich der Vermächtnißnehmer. Auf diese Weise entsteht daher auch das Vorzugsaccrescenzrecht.

II. In der lex Julia et P. P. ist eine Veränderung eingetreten, denn da dasjenige, was nicht ab initio nullum oder non scriptum war, eben vom Tode an bis zur Erbschaftseröffnung an einen Unfähigen kommen konnte, und als caducum dem Fiscus in der Regel anfiel, sowie später Gleiches von der Zeit der Errichtung des letzten Willens bis zum Tode als quasi caducum [2]) eintrat, so wurde angenommen, daß dem Fiscus vorgehen sollten.

a) nach dem alten sub I. angeführten Rechte im Erbwesen die parentes et liberi bis in den dritten Grad, sofort

b) nach dem neuen Recht sowohl im Erbwesen als in den Vermächtnissen diejenigen, qui liberos habent. Dies ist die caducorum vindicatio, welche den patribus gebürt. Bei Vermächtnissen insbesondre kommen zuerst die legatarii conjuncti, und diese haben ein Vorzugsrecht — sodann kommen die heredes patres, und endlich die legatarii patres [3]). Natürlich war hier der Begriff von legatarii conjuncti besonders bestimmt, und namentlich waren die bloßen verbis conjuncti neben den re et verbis conjunctis unter der Zahl der Verbundenen, ob aber die re conjuncti dazu gehörten, die eigentlich disjuncti waren ist zweifelhaft. Jedoch gleich näher von diesen Begriffen. Bei den heredes konnte man von einer re conjunctio eigentlich nicht

---

über den uneigentlichen Sinn bei den suis, bei dem accrescere im Peculienrechte u. s. w.

1) Also auch in das Intestaterbrecht.
2) in causa caduci.
3) Gajus II. §. 107.

sprechen, denn alle Erben sind re conjuncti, und ob auch die verbis conjuncti ein Vorzugsrecht in der Erbschaft nach dem julischen Rechte hatten, ist zweifelhaft.

III. Justinian hob die lex Julia gänzlich auf, und ließ nach seinen Ansichten auch von den ihr zu Grunde liegenden Begriffen nichts übrig, obgleich hier der Streit der Gelehrten ein unendlicher genannt werden kann. Die Einen behaupten — es sei das ganz alte Accrescenzrecht wieder hergestellt worden, wornach nur die re et verbis conjuncti das Vorzugsrecht bei Erben und Vermächtnißnehmern hatten, bei den Legatarien aber auch die re conjuncti — dagegen die verbis conjuncti als disjuncti zu betrachten seyen: die Anderen lehren, die Rechtsansichten der lex Julia über verbis conjuncti hätten sich auch im justinianischen Rechte erhalten, da der Kaiser von den einmal eingewohnten Begriffen nicht habe abgehen wollen, u. s. w. Dritte sagen: die verbis conjuncti hätten kein Recht bei den Erben: aber bei den Legatarien hätte auch Justinian deren Vorzugsaccrescenzrecht erhalten, ja dasselbe hätten auch die re conjuncti und bei den Legatarien folglich wäre die conjunctio nicht nur re et verbis, sondern auch verbis tantum und re tantum vorhanden.

Gewiß ist, daß Justinian selbst über alle diese Puncte sich nicht klar ausgedrückt, und uns nur den Weg gleichsam gezeigt hat, entweder an den natürlichen Begriffen des alten Accrescenzrechts festzuhalten, oder in einen kaum zu schlichtenden Streit der Neueren einzugehen.

§. 655.

Von dem Begriffe der conjunctio an sich.

Die conjunctio folgt entweder aus der gesetzlichen Ordnung bei dem Intestat-Erbrechte oder aus der Art der Einsetzung im letzten Willen.

I. In der ersten Hinsicht gehen diejenigen, welche in demselben Stamme und in derselben Linie sind, den andern

Miterben vor [1]). Jedoch wird dadurch diejenige Art der Succession nicht geändert, die durch die Delation einmal begründet ist, d. h. es wird unter den Verwandten durch das Accrescenzrecht nicht ein neues Erbrecht eröffnet, z. B. wenn neben dem Bruder des Verstorbenen noch ein Bruder lebt, und der letztre nach der Delation ohne Transmission stirbt, so wird dadurch den Kindern des Verstorbenen die Erbschaft nicht erst deferirt, sondern der überlebende Bruder erhält Alles jure accrescendi. Hiermit ist nicht zu verwechseln die Frage über die Vertheilung der Erbschaft unter diejenigen, welchen dieselbe angefallen ist, denn hier geht denn Alles nach dem dies hereditatis aditae z. B. wenn ein Bruder des Verstorbenen mit Kindern zweier vorverstorbener Brüder concurrirt, und der Bruder wegfällt, so wird die Erbschaft in capita vertheilt. Es handelt sich nämlich auch hier nicht von einer neuen Delation d. h. von der Begründung eines neuen Erbrechts, sondern allein davon, wie die Quoten der Erbschaft, die immer nur bei dem Tode durch das Gesetz relativ bestimmt sind, jetzt bei der wirklichen Vertheilung definitiv zu gestalten sind [2]).

II. Bei dem testamentarischen Erbrechte ist gewiß, daß auch einem non conjunctus die portio vacans zufalle; allein jetzt kömmt noch der wahrscheinliche Wille des Testators dazu und dieser wird allein aus der Art der Einsetzung erkannt: die Conjunctio liegt dann natürlicherweise darin, daß die Mehreren zusammen auf eine gewisse Quote als ein solidarisches Object gerufen sind, welches sich durch die Verbindung und Art der Rede (sermone) zeigt z. B. meine

---

1) l. 2. pr. D. 37. 5.

2) Mayer Recht der Anwachsung. Tübingen 1835. letztes Capitel. Witte im Rechtslexicon über Anwachsungsrecht. S. 278. A. M. Mühlenbruch §. 632. Thibaut u. A. Unsere Gegner täuschen sich darin, daß sie dasjenige, was das Gesetz in der Concurrenz hypothetisch ausspricht, absolute nehmen.

drei Neffen sollen zusammen 1/4 meiner Hinterlassenschaft haben, (re et verbis conjuncti). Ganz anders ist jener Fall, wo die drei Neffen in einem Satze zusammengefaßt aber doch jeder auf einen bestimmten Theil eingesetzt sind, z. B. meine drei Neffen sollen meine Erben seyn und zwar auf 1/4 — gerade so, wie wenn Jeder auf 1/12 gerufen wäre (testator eos non conjunxisse, sed celerius dixisse videtur) [1]). Im Rechte der L. Julia waren diese verbis conjuncti wohl auch conjuncti und der fiscus ließ auch im Erbrechte dieselben sich vorgehen: aber nach der Natur der Sache sind diese disjuncti; jeder hat ja seinen bestimmten Theil, und die Zusammenstellung in Worten ist nur eine nach dem alten Solennitätssysteme abgekürzte Richtung. Re conjuncti giebt es bei dem Erbrechte, wie schon angeführt wurde, gar nicht, denn gesetzt etwa: A sey mein Erbe auf 1/3, B und C auf das andere 1/3, D auf das übrige 1/3. Auf das erste Drittel setze ich auch meine Frau ein: hier ist diese auf 1/6 eingesetzt, und dadurch dem ersten Erben 1/6 adimirt. Der Umstand, daß beide auf dasselbe Drittel gerufen sind, ist keine Conjunction — jedoch herrscht gerade über diesen Punkt, welcher bei den Vermächtnissen ganz anders steht, ein großer Streit unter den Juristen. (§. 659.)

Bei der Erbeinsetzung ist endlich wichtig, ob Einige in certas partes andre sine parte gerufen sind: z. B. mein Bruder A soll 1/4 haben, meine Schwester B 3/8: endlich sollen meines Bruders 3 Kinder meine Erben seyn. Faber [2]) und Thibaut [3]) nehmen an, die 3 letzten Erben seyen auf 3/8 gerufen, aber sie seyen bloße verbis conjuncti, und wenn man auch das erste für wahr halten möchte, so ist es das zweite nicht, denn wären sie auf einen bestimmten Theil gerufen, so wären sie dann re et verbis conjuncti, da-

---

1) l. 66. D. 28. 5.
2) est pragm. dec. 49. err. 2.
3) §. 995. der Pand.

gegen sagt die l. 17. §. 1. D. 28, 5. daß die ohne alle Bestimmung ihrer Theile Gerufene gar nicht conjuncti seyen, weil sie eben nur auf das Ganze der Hinterlassenschaft gerufen wurden, und ihr Theil nur herauskömmt, wenn die mit bestimmten Theilen Eingesetzten und deren Concurrenz bereits abgefunden wurden. Nur wenn alle Erben sine parte instituirt sind, kann es wieder auf die Wortzusammenstellung ankommen[1]).

III. Bei den Vermächtnissen unterscheidet man:

a) Die re et verbis conjuncti, welche in ein gewisses Object durch denselben Satz und zwar so gerufen sind, daß das Objecst als solidarisches dasteht.

b) Die re conjuncti, wo Mehrere auf eine Sache nicht wie ad a in communione, sondern in der That in solidum wie im Obligationenrechte gerufen sind.

c) Die verbis conjuncti, wo jedem der Theil an der Sache genau bestimmt ist, sie aber doch in eine Wortverbindung der Sache selbst wegen gebracht sind.

Gewiß ist, daß diese verbis conjuncti im Julischen Rechte wahrhaft Verbundene gegenüber dem Fiscus waren, und möglich wäre es, daß Justinian auch in seiner Constitution über die Aufhebung der lex Julia dennoch diesen eingewohnten Begriff beibehalten hätte; allein sicherlich gegen die Natur des wiederhergestellten alten jus accrescendi [2]).

---

1) l. 63. D. 28. 5. die übrigens wohl mehr im Geiste der Julischen Jurisprudenz geschrieben ist. Diese Darstellung will Mayer Erbr. S. 90. nicht gelten lassen, da gar kein Unterschied sey zwischen den mit Theilen und ohne Theile Eingesetzten, und in der l. 17. die Worte nam, quantum ad jus accrescendi non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur blos eine Erklärung zu dem in der Stelle aufgestellten Fall und keine allgemeine Fassung enthielten.

2) Die hier angegriffene Ansicht haben wegen l. 89. D. 32. Rudorff Zeitschr. VI. S. 416. Franke Beitr. S. 114. Baumeister Anwachsungsrecht S. 226. Mayer Anwachsungsrecht S. 179. Erbrecht §. 26. 27. 28. Mühlenbruch Pand. §. 790.

Noch weniger aber kann dieses bei den Erben angenommen werden, da ja deren Theil offenbar ausschließungsweise bestimmt ist [1]). Im Ganzen ergeben sich daher folgende Streitpunkte:

1) Warum sind die verbis conjuncti nicht verbunden im Erbrechte?

2) Warum haben im Erbrechte die re conjuncti kein Vorzugsaccrescenzrecht.

3) Warum sind die verbis conjuncti nicht verbunden im Rechte der Vermächtnißnehmer: und was hat Justinian wegen der onera verfügt?

4) Warum haben die re conjuncti bei den Vermächtnissen ein Vorzugsaccrescenzrecht?

§. 656.

Von den blos verbis conjunctis im Erbrechte.

Die verbis conjuncti sollen nach Einigen auch ein Vorzugsrecht bei den Erben haben, und zwar deshalb, weil Justinian den einmal eingewohnten Begriff aus der l. Julia allgemein gemacht habe; ja nach Baumeister, weil es gleich sey, ob A. B. und C. auf ein viertel oder A. B. und C. jeder auf $^1/_{12}$ eingesetzt seyen u. s. w.; allein die Interpretation der letzten Art ist offenbar hinfällig, denn die solida pars des $^1/_4$ ist durchaus verschieden von der Quotenabtheilung in $^3/_{12}$ [2]): denn was aus der alten Terminologie von Rudorff, Huschke und Mayer entwickelt wird, ist nichts weniger als sicher in der justinianischen Constitution zu finden [3]), und was von den oneribus gesagt

---

1) Die entgegengesetzte Ansicht haben Baumeister S. 195. Rudorff S. 418. Mayer S. 223. und Erbrecht §. 27. 28. Huschke Rhein. Museum VI. S. 330. Witte Lexicon Anwachsungsrecht S. 312.

2) Klar steht dieses in l. 66. D. 28. 5. und die älteren Ramos. Bach. Heisler.

3) Mühlenbruch XL. S. 114. Note 79. Gitzler quaest. de

sey, soll freilich aus der alten lex Julia kommen: allein dieses kann sich auf die Ausübung des Erbrecht's nicht beziehen, weil ja die Erben ohnedies die onera tragen müssen, und diese nicht auf das Individuum sondern auf die Erbschaft selbst gelegt sind. Allerdings spricht Justinian von den sermone conjunctis et discretis, aber da er offenbar hier auf das alte jus accrescendi zurückkommen will, so, daß er die solida pars — die re conjunctio in der That voraussetzt, die ja unbestritten im alten Rechte angenommen war. Der Kaiser hätte seinen ganzen Zweck mit der Aufhebung der lex Julia verfehlt, wenn er nicht auf diesen natürlichen Begriff hätte zurückgehen wollen [1]).

Am meisten dürfte zu tadeln seyn, wenn man den Begriff der verbis conjuncti nicht schon in der lex Julia als Vorzugsrecht für die Erben angenommen sieht, sondern erst durch Justinians Constitution mit der Rücksicht, einen neuen Begriff zu begründen, also constituirt findet.

So streitig die Lehre gemacht werden kann, so gewiß scheint es uns richtig, auf den Geist des alten jus zurückzukehren: und so wenig vielleicht die l. 66. cit. dann beweißt, wenn Einige in ihr das Recht der lex Julia erkennen, um so mehr scheint uns dies eine Andeutung, die Justinian durch diese Stelle sicherlich seiner neuen Ansicht gab, da ja mit den Pandecten schon das Recht der lex Julia aufgehoben war.

§. 657.

Von den re conjunctis im Erbrechte.

Nach Mühlenbruch sollen die re conjuncti ein Vor-

---

lege Julia etc. Vratislav. 1835. Siehe auch unsre Darstellung II. S. 230. ff.

1) S. besonders auch Schneider (Carl Albert) das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten u. s. w. Berlin 1837.

zugsrecht im Erbrechte haben: er beruft sich auf l. 15. D. 28. 5. und auf l. 142. i. f. D. 50. 16. und deducirt, daß die re conjuncti eigentlich re et verbis conjuncti wären: allein die letzte Stelle ist ganz hinfällig [1]), und in der ersten handelt es sich nicht von dem Rechtssatze selbst, sondern von einer facti interpretatio [2]). Bei der re conjunctio unter Miterben ist von einer Theileinsetzung gar nicht die Rede, dieselben sind vielmehr auf die ganze Erbschaft gerufen, denn nur diese ist nach Abzug andrer Theile ihnen zur Aussicht gestellt, und es ist hier eine gänzliche Verschiedenheit zwischen dem Miterbrechte und den Legaten. Es war dies auch zu allen Zeiten so, sowohl nach dem jus antiquum accrescendi, als nach dem jus aus der lex Julia und eine conjunctio ist keineswegs hier anzunehmen [3]).

§. 658.

Von den verbis conjunctis bei den Vermächtnissen.

Nach der lex Julia waren die verbis conjuncti offenbar bei den Vermächtnissen mit einem Vorzugsrechte ausgestattet, nun wird behauptet: Justinian habe dieses in seiner Constitution nicht aufgehoben, denn der Satz; verbis conjunctos potiores esse komme noch in den Pandecten vor [4]), Justinian habe die aus der lex Julia kommende Lehre von den onera beibehalten, und endlich bemerkt Mayer [5]), Justinian habe das Accrescenzrecht auf die donatio m. c. ausgedehnt, wo nur eine verbis conjunctio vorkommen könne. Allein diesen Ansichten läßt sich entge-

---

1) Mein Buch II. S. 243.

2) Dubitari potest etc. mein Buch II. S. 242.

3) Thibaut's Archiv VII. 21. Mayer Anwachsungsrecht S. 218. und Andre.

4) l. 89. D. 32. über deren Erklärung meine Vermächtnisse. I. S. 600.

5) Erbrecht S. 94.

genſetzen, einmal, daß die verbis conjuncti nach der lex Julia allerdings den re conjunctis vorgingen, und Juſtinian ſelbſt legt Alles in die unitas sermonis; allein er ſetzt ſchon die solida res voraus, und bezieht dann darauf die verbis conjunctio, die in der That re et verbis conjunctio iſt: daher ſollen auch nur die re et verbis conjuncti volentes et cum onere das Accreſcenzrecht haben, welches nach dem alten Rechte ohnehin ja nur für das Vindicationsrecht ſtattfand, wo die solida res offenbar vor Augen ſtand, jetzt aber deshalb ausgedehnt iſt, weil ja auch Damnationslegate und Fideicommiſſe in Betracht kommen, woraus Juſtinian den Grund dieſer ſeiner Entſcheidung nahm. Endlich hat Juſtinian allerdings dies Accreſcenzrecht auch auf die donatio mortis causa ausgedehnt, allein es zeigt ſich, wie auch Mayer ſelbſt ſchon eingeſehen hat, daß dieſe Beſtimmung nur für die re et verbis conjuncti gilt, und als allgemein keineswegs angenommen werden kann.

Die l. 89. D. cit. iſt nach unſrer Anſicht nur hiſtoriſch aufzufaſſen, und kann nur in folgenden zwei Beziehungen in Anwendung kommen:

a) Wenn die Legatare dadurch, daß expost noch ein Dritter dazukömmt, beeinträchtigt werden [1]).

b) Wenn der Erblaſſer es ſo gemeint hat, daß noch von einem künftigen Umſtande die Regulirung definitiver Theile abhängen ſoll, z. B. den zwei Söhnen meines Bruders und etwa den Kindern, die er noch haben wird, vermache ich mein Haus zu gleichen Theilen.

Alſo wäre auch bei den Legaten jetzt nur die re et verbis conjunctio eine wahre, und die conjuncti kämen in eine communio, worauf ſich denn auch das Tragen der Laſten bezieht — die re conjunctio dagegen wäre ein jus non decrescendi, wie man richtig von Heiſler her geſagt hat, ein Eintreten ipso jure, ein Behalten der res

1) l. 41. pr. D. 31. meine Vermächtniſſe II. S. 608. ff.

solida, wo man keine Lasten trägt, und endlich die bloße verbis conjunctio wäre gar keine conjunctio.

§. 659.

Von den re conjunctis bei Vermächtnissen.

Viele [1]) lehren, der re et verbis conjunctus sey dem re conjunctus entgegengesetzt worden: weil dort die Verbindung auch in den Worten lag, hier aber nur eine Solidarsache beiden und Mehreren angewiesen war. Freilich waren auch die Letzteren conjuncti, aber man behauptet doch, nur der verbis conjunctus sey vorgegangen, nicht der disjunctus oder uneigentliche re conjunctus [2]). — Diese Gelehrten drängen offenbar den re conjunctus hinaus, um das Recht der verbis conjuncti zu rechtfertigen.

Bei uns gilt es freilich nicht, das Recht der lex Julia herzustellen, wenn auch Andere glauben, gerade dieses sey in der justianischen Constitution beibehalten worden, sondern das alte jus accrescendi und die Natur der Sache zu erwägen. In der That stimmen auch Alle darin überein, daß nur concursu partes fiant, und daher wird gewiß der Legatar den Erben ausschließen; sowie wir denn nur das Vorzugsrecht der re et verbis conjuncti anerkennen. Bei den Vermächtnissen ist die Anweisung auf eine ganze Sache gewis in der Absicht geschehen, daß das Wegfallen des andern Legatars nicht deren Erben ein Recht eröffne, was jetzt nicht nur bei Vindications- sondern auch bei andern Legaten der Fall ist [3]).

---

1) Mayer Erbrecht S. 78.

2) l. 89. D. 32.

3) In dieser Lehre kann die Praxis gar Nichts wiegen, weil sie größtentheils auf Irrthümer gebaut ist, und überall auf einer schlechten, ja jetzt noch gänzlich unsichern Interpretation ruht.

§. 660.

Ueber das Accrescenzrecht bei dem Vermächtnisse des ususfructus[1]).

Diese Lehre wird zwar nach den allgemeinen Grundsätzen bestimmt, aber einige Rücksichten sind lediglich aus der Natur des ususfructus genommen.

I. Wenn die usufructuarii es unter sich zu thun haben, so gilt die allgemeine Regel, daß den bloßen verbis conjunctis Nichts accrescirt[2]). Wenn aber das Accrescenzrecht statthat, wie bei den re et verbis conjunctis, oder bei den re conjunctis so wird durch den Tod des einen Usufructuars, welcher den ususfructus bereits genossen hat, das Accrescenzrecht ebenso eröffnet, als wenn jenem der dies ususfructus gar nie cedirt wäre. Usufructus enim quotidie de novo constituitur[3]).

II. Wenn Proprietare und Usufructuare im ususfructus miteinander zusammentreffen, was immer der Fall ist, wenn den Proprietaren das Recht an dem Niesbrauche nicht entzogen ist, so ist so zu unterscheiden:

A. Fällt einer von den Proprietaren aus, so accrescirt dessen portio im Niesbrauch den andern Proprietaren, denn diese sind re et verbis conjuncti.

B. Fallen sämmtliche Proprietare weg, so gehört den Usufructuaren der ganze Niesbrauch, denn sie sind quoad usumfructum re conjuncti.

C. Fallen sämmtliche Usufructuare, oder auch nur Einer von ihnen aus, so kömmt die vacante Portion auch an die Proprietare, aber nicht wie Einige glauben jure consolidationis, sondern jure accrescendi[4]).

---

1) Dig. 7. 2.
2) l. 11. D. 7, 2.
3) l. 1. §. 3. D. h. t. §. 77. fragm. Vat.
4) Meine Vermächtnisse I. S. 621. ff. Glück IX. S. 277.

Hätte ein Proprietar sein Recht zur Sache, hätte ein Usufructuar seinen ususfructus aufgegeben, so können doch beide, wenn es dazu kömmt, das Accrescenzrecht ausüben, weil nämlich der Niesbrauch immer an der Person (wie an dem praedium dominans) hängt und auf keine Weise cedirt werden kann [1]). Ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus [2]). Von der Anwendung auf den usus [3]). Eine sehr wichtige Stelle in dieser Lehre ist die l. 3. §. 2. D. 1. 4. oder von dem sogenannten einseitigen Accrescenzrechte [4]). —

Zweiter Abschnitt.

Von den Erbschaftsrechtsmitteln an sich und in Hinsicht der Auseinandersetzung letztwilliger Verhältnisse.

§. 661.

Hereditatis petitio [5]).

Das petitum dieser Klage geht immer auf Anerkennung des Erbrechts, allein nach den verschiedensten Richtungen. Das Erbrecht nämlich nicht allein als Grund sondern auch als Gegenstand betrachtet (den beides bedeutet hereditas)

---

1) l. 10. D. h. t. Glück IX. S. 291. nach Suerin Witte-Abhandl. Berlin 1817. Nr. 1. siehe auch l. 33. §. 1. D. 7. 1. l. 14. §. 1. D. 44. 2.

2) Siehe auch Heimsoeth de usufructu accresc. 1831. pag. 23.

3) Meine Vermächtnisse II. S. 623.

4) Mein Buch II. S. 612. ff.

5) Du Roi im Archiv VI. Band. v. Löhr in seinem Magaz. IV. Band. Fabricius rhein. Museum V. Bd. Arndts in seinen Beiträgen Nr. I. Roßhirt im testam. Erbr. II. Band.

umfaßt die bona des Verstorbenen mit vielfachen Erscheinungen nach dessen Tode, und geht bald darauf, bald auch nur auf einzelne Sachen oder Posten, ja namentlich Schuldforderungen. Auch der Schuldner kann mit der hereditatis petitio belangt werden, zumal wenn er den einzigen Posten der Erbschaft bildet. Ob dabei in der Klage zugleich etwas auf den Grund der Klage ankomme, und zwar so, daß der Beklagte denselben in Zweifel ziehe und resp. sich aneigne und gerade deshalb als Beklagter erscheine, ist nicht zweifelhaft: wenn man nur, wie unten §. 663, unterscheiden will.

Ein praejudicium ist die h. pio auf keinen Fall, denn sonst würde außer vielen andern Rücksichten die Prozeßentscheidung auch gegen einen Dritten maasgebend seyn.

Am zweifelhaftesten aber ist der Streit, ob die hereditatis petitio eine actio in rem sey, und in welcher Bedeutung. Vorerst ist gewiß, daß actio in rem ein durchaus negativer Begriff ist, der nicht als bloße vindicatio erscheint, und daß man die hereditas weder als dominium juris [1]), noch als universum jus [2]), noch als eine Sache gegründet auf eine besondere Erwerbart [3]) geltend machen kann, sondern daß man annehmen muß, die h. pio war anfangs eine wirkliche vindicatio der Form nach, denn man klagte: hereditatem meam esse. Aber schon durch das SC. Iuventianum wurde sie arbitraria, und in ein judicium geführt, wo der Beklagte einer eigenen Rechnungsstellung nach seiner Person und Individualität unterworfen wurde [4]); sie wurde, wie auch Justinian erklärt, eine persönliche Klage und bonae fidei, ein judicium generale und mixtum und als seit Diocletian und Maximian die alten Klagformen verschwanden,

---

1) Du Roi.
2) Fabricius.
3) Besonders Arndts.
4) Eigne Art der bona fides und mala fides (praedo).

so konnte man recht gut auf den Gedanken kommen, die Erbschaftsklage sey nicht mehr nach der alten Form nnd ihrem Jnhalt zu beurtheilen [1]). Thibaut meint, die hereditas sey noch immer im alten Sinne als eine res corporalis anzusehen, was sie nie war, und was er besonders für den titulus pro herede annahm: endlich aber Mayer [2]) gesteht zu, daß die Erbschaftsklage entschieden nicht zu den sogenannten dinglichen Rechten (also den vindicationes) gehöre [3]), und will ihr den Vermögensrechten gegenüber eine persönliche Repräsentation einräumen, ohne aber über die Gattung der Klage zu entscheiden [4]). Bei dieser Lage bleibt Nichts übrig, als die Sache streng historisch zu nehmen; anfangs der Form wegen die hereditatis petitio für eine actio in rem anzusehen; sofort aber

a) als eine actio de universitate mit allen Nebenleistungen, die die Person des Verklagten schuldig ist;

b) als eine actio bonae fidei und arbitraria.

c) also als eine gewissermaßen mixta und resp. mit verwaltenden persönlichen Verhältnissen angestellte Klage zu behandeln, und jedenfalls der vindicatio entgegenzusetzen, obgleich auch diese Manches für sich aus der hereditatis petitio sich angeeignet hat [5]).

---

1) Die römischen Juristen hielten sich freilich immer an das Traditionelle. l. 25. §. 18. D. 5. 3. Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, atque eorum, quae a debitoribus sint exacta, item pretiorum. Der Jurist zieht nach den letzten Worten das ganze SC. mit Recht hieher, und Unterholzner hat ganz Unrecht, wenn er die hereditatis petitio blos gegen den Erbschaftsschuldner als persönlich erklärt.

2) Erbrecht §. 1.

3) l. 3. pr. §. 1. D. 37. 1. l. 50. D. 5. 3. nicht entgegen l. 11. D. 28. 2. l. 48. pr. D. 28. 5.

4) Die Vermögensverhältnisse aber, soweit sie übertragbar sind, bilden gerade diese persönliche Repräsentation.

5) Es ist ja auch eine Verbindung mit der Erbtheilungsklage

§. 662.

Natur der hereditatis petitio.

I. Die hereditas war ursprünglich eine universitas rerum nach der demonstratio, intentio und condemnatio. Die intentio veränderte sich bei dem prätorischen Erbrecht, bei dem loco heredis ex SCto Trebelliano, bei dem fictus heres, aber es blieb doch der Gedanke hereditatem meam esse. Soweit kann man denn auch selbst für unsre Tage sagen, sie sey eine actio in rem — aber die condemnatio, wo ehedem auch per sponsionem [1]) geklagt werden konnte, wurde jetzt gänzlich, wie ja ehedem auch bei der sponsio selbst, zu einer persönlichen Klage verändert, und dies rechtfertigt die alten Juristen, wenn sie nach dieser historischen Natur die hereditatis petitio eine mixta nannten [2]).

II. Es ist im Systeme der Römer nicht möglich, von dem Grundgedanken der Klagen in personam und in rem abzugehen, schon weil die Römer mit Recht das ganze System des Rechts nach Klagen dargestellt haben [3]). Mayer hat sehr Unrecht, diese Richtung zu vermeiden, und ist daher jetzt, wo auf die formula „hereditatem meam esse“ nichts ankömmt, die h. petitio keine actio in rem; so ist sie eine in personam, jedoch mit sehr vielen eigenthümlichen Richtungen über

---

möglich, die auch mixta heißt, in der That aber persönlich ist mein Buch II. S. 96.

1) Gajus IV. §. 93.

2) Mein Buch II. S. 5 — 7.

3) Darin ruht ein Hauptfehler aller neuern Gesetzgebungen, daß man oft Pflichten sieht, und nicht weiß wie sie juristisch verfolgt werden z. B. in der Vormundschaft gegen die Obervormundschaftsbehörde — was ganz gleich ist in Frankreich, Preußen und Oesterreich!

die Person des Beklagten, wovon bald die Rede seyn wird [1]).

§. 663.

Vom Beklagten.

I. Nach der Natur der actio in rem wurde der Beklagte als juris possessor bezeichnet [2]), aber der Beklagte kann auch rei possessor seyn, nämlich

a) juris possessor ist er, wenn er die Erbschaft auf einem wirklichen oder fingirten, (hier auch bonorum possessor) oder abgeleiteten (Käufer) Titel besitzt, oder anmaßlicher Erbbesitzer (praedo) ist [3]). In der letzten Hinsicht kann der Beklagte gar keinen Titel haben oder das, was er auf einem andern Titel z. B. pro dote empfangen hat, behalten wollen, indem er dem Kläger nicht anerkennt — dies ist der Fall pro possessore.

b) rei possessor ist der Beklagte, wenn er alle Erbschaftssachen oder auch nur eine besitzt, der Beklagte aber die Erbschaftsqualität für sich hervorhebt [4]), oder die Sache nicht auf einem besondern Singulartitel hat.

---

1) Von der actio arbitraria, die sowohl bei dinglichen wie Obligationenklagen de restituendo stattfand, hängt freilich nichts ab; aber von der Art der Restitution und der Wirksamkeit der actio bonae fidei.

2) l. 9. D. 5. 3. qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam licet minimam.

3) Diese Lehre kömmt daher, weil vor Hadrian jeder Besitzer wegen der usucapio lucrativa gleichsam Erbnehmer war, der Begriff ist also vom historischen zum dogmatischen vorgebildet worden, und besteht so jetzt noch.

4) Es kann so von beiden Theilen ein doppelter Erbschaftsprozeß vor sich gehen, wo natürlich die einzelnen in Anspruch genommenen Sachen verschiedene sind. l. 4. D. 5. 3. l. 15. D. 44. 2. wichtig wegen der res judicata. Wer nichts besitzt und nicht fictus possessor (pro dolo) ist, gegen den läuft keine res judicata l. 9. pr. D. 44. 2.

c) Auch gegen einen Erbschaftsschuldner kann die hereditatis petitio angestellt werden, natürlich in der angegebenen Intention[1]). Juris possessor muß man denn diesen nach lit. a. heißen, weil er nicht rei possessor ist; allein es gehört doch mehr dazu, wie ad a. und es ist unrichtig gegen einen Erbschaftsschuldner, der blos die Liquidität läugnet, einen Erbschaftsprozeß zu eröffnen[2]).

II. Nicht der Beklagte allein bestimmt die Natur der Klage, sondern auch wie überall das Object der Restitution.

a) In dieser Hinsicht kömmt Alles darauf an, ob der Beklagte, wozu auch die interrogationes dienen, die Sache auf einem Singulartitel haben will, oder nicht, denn im letztern Falle hat er sie als res nullius und ist schon deshalb der Erbrechtsklage unterworfen[3]).

b) Aber auch die Sachen können zurückgefodert werden, welche auf die Gefahr des Erben stehen[4]), freilich hier ist wieder die Natur der Realklage nicht sichtbar. Eben deshalb ist die hereditatis petitio durchaus kein Complex von Vindicationen.

c) Endlich gehören auch hieher quae a debitoribus sunt exacta, item pretia. Es ist freilich hier zunächst davon die Rede; was der redliche oder anmaßliche Erbe eingezogen hat, und zwar nach dem Caducitätssysteme wegen der ebengenannten Dinge, wo er wegen des Capitals immer — wegen der Zinsen aber erst von der Zeit der petitio gebunden war. Dies Alles ist auch auf den petirenden Erben angewendet worden, und zwar gehen hier die Accessionen auf die ganze Zeit des Besitzes des Gegners zurück.

---

1) l. 13. §. 15. D. 5. 3.

2) Falsche Ansichten von Stahl u. A. — Nur ausnahmsweise geht die Klage gegen den Erbschaftskäufer, mein Buch II. S. 14.

3) Mein Buch II. S. 17.

4) Denn der Erbe hätte deshalb die actio furti l. 15. §. 2. D. 47. 2.

Noch gewisser gehören hieher die aestimationes wegen der res ante petitam hereditatem deperditae vel deminutae, die auch der Fiscus sogar fodern konnte.

§. 664.

Von den einzelnen Prästationen, in welche sich die ganze Erbschaftsklage auflößt.

I. Die Practiker sagen, der Beklagte habe eine Specification zu machen, und dazu gehöre dann dasjenige, was im vorigen §. sub b. angeführt ist [1]), ferner die sub c. erwähnten pretia [2]) — sodann die Sachen, die der Besitzer um der Erbschaft willen, wenn auch nicht mit Erbschaftsgeldern, angeschafft hat [3]), endlich alle zu Gunsten der Erbschaft gemachten Speculationen [4]).

II. Nun sind zu restituiren:

a) Körperliche Sachen mit der Verantwortung wegen beschädigter Sachen und nicht mehr einziehbarer Foderungen.

b) Die Herausgabe eingezogener Gelder, namentlich der eincassirten Foderungen und der Posten Nr. I. (davon im nächsten §.)

III. Die Gegenrechnungen sind:

a) Die bezahlten Schulden uud Vermächtnisse. Hier hat der Berechner die actio negotiorum gestorum ohne Unterschied zwischen bonae und malae fidei possessor [5]). Nur wenn der Verklagte suo nomine gezahlt hat, kann der malae fidei possessor keine Aufrechnungen bringen, er wollte denn eine besondere Caution stellen defensum iri

---

1) l. 19. pr. §. 2. D. 5. 3. l. 62. D. 41. 1.

2) Der Kläger hat zwar auch, wenn er will, die vindicationes mein Buch II. S. 32.

3) l. 20. pr. D. 5. 3.

4) l. 48. D. 5. 3. l. 20. §. 3. l. 52. D. eod.

5) l. 45. l. ult. D. 3. 5. l. 50. D. 5. 3.

petitorem [1]). Der b. f. possessor kann aber auch in diesem Falle aufrechnen [2]), es wäre denn ihm eine besondre culpa nachweisbar [3]). Der m. f. por. kann, wenn er ein indebitum bezahlt hat, nicht einmal für sich die condictio indebiti anstellen [4]).

b) Der b. f. por. darf seine eigenen Foderungen gegen den Erblasser, auch die blosen Naturalobligationen vollständig in Abzug bringen, der unredliche Besitzer aber nur diejenigen, deren baldige Erfüllung das Interesse des Klägers erheischt [5]).

c) Alle Lasten, die auf der Erbschaft als universitas liegen, z. B. Accise nach der negotiorum gestio, ferner den Aufwand auf die einzelnen Sachen und Rechte, wie bei der vindicatio [6]).

§. 665.

Ueber die Restitution der Hauptsache sub II. des vorigen §., der Früchte, und über die Entschädigung wegen der culpa und mora.

Das günstige Verhältniß des bonae fidei possessor äußert sich in folgenden Beziehungen:

a) daß er das pretium der verkauften Sachen,
b) die fructus, die er gezogen hat,
c) die usurae von dem pretium, und zwar
ad a. et b. nur soweit er bereichert ist
ad c. gar nicht zu ersetzen braucht [7]).

---

1) l. 31. D. h. t.

2) Und braucht bei den Vermächtnissen nur die condictio indebiti zu cediren, soferne er etwas gezahlt hat, was man nicht zu zahlen schuldig ist.

3) Muncke de actionibus etc. competent. Heidelb. 1833. §. 19. 21.

4) Mein Buch II. S. 28. 29.

5) l. 31. §. 1. 2. D. h. t. l. 4. Cod. h. t. l. 25. §. 12. D. 5. 3. Mühlenbruch §. 708.

6) Hieher gehört dann auch der Ersatz derjenigen Gelder, die nicht Erbschaftsgelder sind. (oben I.)

7) l. 1. Cod. 3. 31.

Indessen kommen doch hier besondere Interpretationen vor, er ersetzt einen Theil des pretii, wenn er die verkaufte Sache wieder erworben hat, sofern ein Ueberfluß des pretii noch vorhanden ist [1]): er ersetzt die Früchte, wenn er die seinigen erspart hat [2]): der bonae fidei possessor wird mit der litis contestatio noch kein praedo [3]), der den casus unbedingt ersetzt, indem das Einzelne in den Händen des Erben gar nicht in Betracht kömmt, weil der praedo für den Werth der ganzen Erbschaft steht.

Wegen culpa und mora gilt Folgendes:

a) Der b. f. possessor haftet vor der litis contestatio gar nicht, aber mit der litis contestatio für dolus — nicht für diligentia auch nicht für culpa ex lege Aquilia [4]).

b) Der malae fidei possessor wird mit der litis contestatio morosus, aber vorher schon prästirt er culpam [5]), casum [6]), und nur dann ist er unverantwortlich, wenn er obligatorische Rechte nicht geltend machte [7]). Eben deshalb ersetzt er alle fructus percepti, und auch die durch culpa nicht bezogenen [8]): er bezahlt die Zinsen von dem pretium, und nur dann ist er frei, wenn er vorhandenes Erbschaftsgeld unberührt liegen läßt [9]), anders wenn er Capitalien ausleiht [10]). Aber die impensae, auch die utiles bei den Früchten darf er natürlich abziehen [11]); auch die utiles auf die

---

1) l. 22. D. 5. 3.
2) l. 40. pr. l. 36. §. 4. D. h. t.
3) Der praedo nämlich ist mehr als ein malae fidei possessor, welcher etwa nur in jure sich irrt, denn der praedo wird als expilator gestraft, weil die res hereditatis res nullius sind.
4) Mein Buch II. S. 38 ff.
5) l. 25. §. 2. l. 31. §. 3. l. 54. D. 5. 3.
6) Schon oben.
7) l. 31. §. 3. l. 49. D. h. t.
8) l. 25. §. 4. 9. Cod. h. t.
9) l. 20. §. 14. l. 62. D. 6. 1.
10) l. 30. D. eod.
11) l. 38. D. 5. 3.

Objecte selbst, wenn diese dadurch werthvoller geworden und in dieser Qualität noch existiren [1]).

§. 666.

Von dem Beklagten als fictus possessor.

Die Klage geht

a) gegen den, der Nichts von der Hinterlassenschaft hat, aber auf den Prozeß sich einläßt [2]).

b) Gegen den, welcher des Besitzes sich entäußert hat [3]).

Immer wird freilich hier angenommen, daß der Beklagte dieselbe Gesinnung habe, wie der praedo, daher auch der Ausdruck ex doli clausula tenetur: jedes anmaßliche Benehmen wurde nämlich hier als juris possessio angesehen [4]). Offenbar ist durch diese Annahme der Kläger erleichtert, weil er nicht einer actio in factum und der besondern Beschädigung bedarf, sondern mit der allgemeinen Erbschaftsklage durchreicht.

§. 667.

Von dem Kläger und von dem Beweise.

I. Nicht nur von dem heres ex asse, sondern auch von dem heres ex parte kann die Klage angestellt, und zwar sogar von dem letzteren ex parte incerta [5]). Wenn der Beklagte auch nur auf einen Theil besitzt, so giebt er im Verhältnisse seines Theils an den theilweisen Kläger her-

---

1) l. 39. D. eod.

2) Wer auf das pretium einer Erbschaftssache, auf eine Erbschaftsschuld verklagt wird, haftet, wenn er dolose sich einläßt.

3) l. 25. §. 8. D. 5. 3. l. 45. pr. D. eod.

4) Wahrscheinlich ist die Ausdehnung von der actio de universitate erst auf die vindicatio specialis gemacht worden. Der Punkt ad b. ist auch in dem SCt. ausdrücklich vorgesehen.

5) l. 1. §. 5. l. 3. D. 5. 4.

aus, z. B. wenn der Kläger auf ⅓ klagt, und der Beklagte auf ⅓ besitzt, so giebt der Letzte von seinem einzelnen Erbschaftsposten nur ⅓ heraus [1]).

II. Auch der bonorum possessor hat diese Klage, zumal wir sogar einen eigenen Titel darüber in den Pandecten haben. Nach Fabricius [2]) soll der b. por. nur das Interdict, aber doch die einzelnen vindicationes und petitiones speciales gehabt haben. Der Irrthum ist daraus hervorgegangen, daß man das interdictum im materiellen Umfange wie die h. pio ansah, und jedenfalls nicht erwog, wie schon im Beweise die hereditatis petitio auf besserer Grundlage ruht, wie die specielle Foderungsklage.

III. Der Fideicommissar hat nach geschehener Restitution diesselbe Klage, nur kann sie derselbe nicht gegen den Fiduciar gebrauchen, wo eine cognitio extraordinaria oder actio ex stipulatu stattfindet.

IV. Dasselbe hat auch statt vom fiscus wegen der ehemaligen caduca — jetzt ereptitia und vacantia.

Was zuletzt den Beweis angeht, so ist mehr nicht darzuthun, als daß, wenn in der angegebenen Art die partes actoris et rei geordnet sind, der Kläger sich als Erbe ausweise, und daß die eingeklagten besonderen Sachen sich bei dem Verstorbenen befunden haben [3]). Im Uebrigen ist die Intention das Erbrecht, und die einzelnen Sachen bilden die Demonstration [4]).

---

1) l. 1. §. 1. D. 5. 4. Vergl. l. 1. §. 3. 4. D. eod.

2) Rhein. Museum IV. S. 178. 209. seine historischen Forschungen I. S. 200.

3) Darüber am beßten Fabricius im IV. Bd. des rhein. Museums.

4) l. 4. D. eod.

§. 668.

Von den Rechten des Verkäufers und Käufers an der Erbschaft, hinsichtlich der hereditatis petitio.

I. Nur dem Käufer des fiscus (siehe im vorigen §. Nr. IV.) ist die Verfolgung der universa bona gegen Dritte auf die Analogie des SC. Trebellianici [1]) hin gestattet. Daraus folgt, daß der gewöhnliche Käufer der Erbschaft diese Klage nicht hat [2]). Der Verkäufer haftet dem Käufer nur aus der stipulatio oder durch seinen animus und die negotia gesta [3]), denn der Käufer ist nur Singularsuccessor und nicht cessionarius in universum jus, worauf sich die Cession nicht anwenden läßt [4]).

II. Eben so wenig ist eigentlich der emtor Beklagter in einem Erbschaftsprozeß, denn er ist kein praedo [5]): aber der malae fidei emtor wird doch nach der Interpretation belangt, und auch der Käufer des fiscus [6]) — und der b. f. por. hat Recht, sich darauf einzulassen, ne singulis judiciis vexaretur [7]).

III. Also hat blos der Verkäufer das Recht zur h. pio, denn er cedirt blos vindicationes und obligationes, also das Erbrecht nur ex eventu und keineswegs direct die petitio, die ja auch bei dem Käufer des fiscus ausdrücklich auf ein Gesetz, auf das SC. Trebell. gestellt wurde.

Im Uebrigen muß man den Erbschaftsverkauf nicht so ansehen, wie wenn nur einzelne Körper verkauft, und ein-

---

1) l. 54. D. 5. 3.
2) Mein Buch II. S. 50.
3) l. 21. D. 18. 4. Siehe mein Buch II. S. 54.
4) A. M. ist Mühlenbruch Cession III. Ausgabe S. 429. Siehe aber mein Buch II. S. 51.
5) l. 13. §. 8. D. 5. 3.
6) l. 13. §. 8. 9. D. eod.
7) l. 13. §. 4. D. eod.

zelne Obligationen für sich cedirt wären, denn der Verkäufer ist zur Auslieferung Alles desjenigen verbunden, was er als Erbe gezogen hat, also der pretia und Zinsen, der Gewinne ex negotiis gestis, ja er wäre sogar wegen des dolus hinsichtlich des Accrescenzrechtes verbunden, wenn ihm dieser nachzuweisen wäre [1]).

Jedoch ist nicht räthlich aus diesen hier und in der Note liegenden Rücksichten einen allgemeinen Begriff zu bilden [2]).

Außerdem ist nicht zu übersehen, daß zwischen dem Verkäufer und Käufer eine besondere Abrechnung eintrit, indem der erste jedenfalls dem Käufer gegenüber seine Foderungen an die Erbschaft geltend machen und andern Ersatz verlangen kann, was aber mit der Vertragsklage ausgeführt wird.

§. 669.

Von dem interdictum quorum bonorum.

Diese Lehre ist eine der bestrittensten, hauptsächlich in folgenden Punkten:

1) Woher deren Ursprung kam [3]), woraus denn auch abgeleitet werden soll 2) ob sie auf dieselben Gegenstände, wie die h. pio geht, oder nur auf die corpora hereditaria, nicht auf die debitores hereditarii, auf die pretia der verkauften Sachen, auf eine gänzliche und definitive Verantwortung des Verklagten [4]). Die Vertheidiger des ersteren 3) wollen dann allen Unterschied blos in die Formalität des Prozesses stellen, läugnen deshalb sogar eine hereditatis petitio possessoria und behaupten, daß mit verändertem Prozeßsysteme das ganze Interdict schon bei Justinian abgekommen und für

---

1) Mein Buch II. S. 53. Ueber die poenae zur Strafe und zur Convention II. S. 54. 55.
2) A. M. Mühlenbruch §. 703.
3) Mein II. S. 56 ff.
4) Mein Buch S. 57. und §. 129.

uns unpractisch sey. Die andern 4) behalten nicht nur eine objective, sondern auch eine prozessualisch förmliche Verschiedenheit bei; aber die letztern 5) unterscheiden sich, indem die Meisten annehmen, der Kläger müsse sein Erbrecht im Allgemeinen darthun, ohne Unterschied des Civilrechtlichen und Prätorischen, jedoch nur in Form einer allgemeineren Bescheinigung; darneben aber müsse er beweisen, daß die corpora im Vermögen des Verstorbenen waren — weiter auf die einzelnen Objecte sich nicht einlassend: während Andere, z. B. Mayer[1]), annehmen, das Rechtsmittel sey wohl allgemein, aber der Kläger müsse sich strenge an die b. pio halten; allein auch nach verändertem Verfahren sey jetzt doch nur eine summarische Untersuchung nöthig, und diese könne nur strenger werden, wenn der Gegner durch seine Behauptungen die Nachweisungen des Klägers vermehre. Namentlich solle die Einrede, daß der Beklagte einzelne Sachen titulo singulari erworben habe, nicht gehört werden[2]), was freilich nur die summarische Natur des Interdicts selbst darthun würde.

Unsre Praxis hat die Sache des Interdicts, wie folgt, aufgefaßt, und der Beweis gedachter Sätze läßt sich auch leicht machen[3]):

1) Daß bei dem Interdict summarie verfahren werden könne.

2) Daß eine semiplena probatio genüge.

3) Daß der besiegte Beklagte sofort die hereditatis petitio anstellen könne.

4) Daß übrigens der im Interdictsprozesse Siegende als Erbe angesehen werden könne, und darauf er sowohl, wie sein Gegner in der Anstellung besondrer Klagen legitimirt seyen. —

---

1) Erbrecht S. 415.
2) l. 3. Cod. h. t. l. un. Cod. Theod. IV. 21.
3) Mein Buch II. S. 64 ff.

§. 670.

Verhältniß der Erbrechtsmittel zu den Singularklagen.

Das Resultat davon trit in der Lehre von der res judicata hervor; aus der res judicata der Erbrechtsmittel entspringt nicht nur ein Vollzug des Erbrechts, sondern zugleich auch eine Legitimation für die Singularklagen. Bei den Singularklagen hat nämlich der Kläger seinen Erwerbgrund bewiesen. Endlich werden der Erbrechtsklage exceptiones praescriptionis nicht gemacht, obgleich der Besitzer einzelner Erbschaftssachen bei der Singularklage diese Verjährung entgegensetzen kann. Es ist dabei auch nicht der Gedanke anzuwenden: nemo sibi causam possessionis mutare potest, denn derjenige, der als Erbberechtigter oder als anmaßlicher Erbbesitzer die Sachen hat, ändert gar nichts an seinem Titel, wenn er später mit einer Singularklage belangt wird [1]).

§. 671.

Von den Missionen.

Es handelt sich hier nicht von besonderen Rechtsmitteln, sondern von der Anwendung eines allgemeinen Rechtsinstituts. Nicht nur die Erben können die missio fodern, sondern auch die Vermächtnißnehmer und Gläubiger. Die Gründe dazu sind latitatio des Erben, der Umstand, daß dieser überhaupt nicht antrit, der Umstand, daß man nicht weiß, ob ein Erbe da ist; einer der Miterben kann missio suchen, während man nicht weiß, was der Andere thun wird u. s. w. [2]) Zur Vorbereitung der Missionen kann

---

1) Mein Buch II. S. 69 ff.

2) Ueber die allgemeine Natur der missiones: Brissonius de formul. lib. 5. c. 36.

der Betheiligte auch die actio ad exhibendum [1]), oder das interdictum de tabulis exhibendis anstellen [2]). Die missiones dieser verschiedenen Richtungen wurden theils de plano, theils praevia cognitione ertheilt, kommen aber in unsrer Praxis seltener vor, obgleich sie keineswegs abgeschafft sind.

Zu Gunsten des Erben trit hier eine besondere missio ein, die nicht von Justinian, wie man oft glaubt, neu hergestellt, sondern nur gleichsam neu hervorgehoben ist. Es ist nämlich gewiß:

1) Diese Missio geht nur auf schriftliche Testamente; aber auch der Fideicommissar, ferner der Substitutus vulgaris, wenn der Substitutionsfall eingetreten ist, können sich derselben bedienen [3]).

2) Vorausgesetzt wird jedoch, daß derjenige, gegen welchen die missio gesucht wird, keine vitia testamenti nachweißt, sein Intestaterbrecht oder ein anderes Testament nicht hervorhebt [4]).

3) Der Missionsberechtigte aber braucht nichts nachzuweisen als das Testament und den Umstand, daß die Sachen, in welche man mittirt seyn will, Güter des Verstorbenen waren. Die Einrede, die Sachen hätten dem Testator nicht gehört, ist keineswegs ausreichend, wohl aber die Einrede, sie gehörten demjenigen, gegen welchen die missio behauptet wird.

4) Die missio geht wohl auf die universitas der Erbschaft, aber nur soweit sie eine universitas rerum ist, nicht auf die pretia der verkauften Sachen, nicht auf die Foderungen u. s. w. ganz nach den Grundsätzen, welche schon aus der Lehre der dem Missus gegebenen Detention folgen.

---

1) l. 3. D. 29. 3.

2) Ueber die Form des Testaments, mein Buch II. S. 75.

3) l. 1. Cod. 6. 33.

4) Donellus in comm. ad Cod. (Lucc. tom. IX. pag. 450.)

5) Ob die missio gegen den emtor rerum singularum erwirkt werden kann, ist sehr zweifelhaft[1]).

6) Im Ganzen ist noch Folgendes zu bemerken: es wird bei der missio nichts über den Umfang des Erbrechts entschieden, auch nicht die Richtigkeit und Gültigkeit des Testaments beurtheilt: der missus wird nur Detentor, und kann sich nur durch das Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est schützen, aber er hat Retention und Pfandrecht. Im Uebrigen sind die Missionen oft mit andern Vortheilen noch verbunden, wie z. B. ex edicto Carboniano oder bei der missio ventris. Das Gericht ist hier offenbar das forum rei sitae, wenn auch bei der hereditas petitio das forum domicilii des Beklagten den Richtungspunkt giebt[2]).

Die Titelüberschrift, wodurch Justinian die Statthaftigkeit der missio bezeugte, hat dadurch Veranlassung zum Streite gegeben, weil Hadrian zu einem gewissen Zwecke die Einhaltung einer Zeit verlangte, die schon sonst vorgeschrieben war, und Justinian, der dies nicht für nothwendig erklärte, zufällig von der Aufhebung des alten Edictes sprach[3]).

§. 672.

Von der Erbtheilungsklage.

Diese Klage geht keineswegs auf die Begründung der Erbeigenschaft des Klägers und auf die Voraussetzung der Erbberechtigung des Beklagten[4]): fehlt es an der ersten, so muß die hereditatis petitio pro parte angestellt werden,

---

1) Dafür Donellus l. c. pag. 454. Dagegen mein Buch II. S. 79.

2) l. un. Cod. 2. 20. Wie steht es bei dem interdictum quorum bonorum?

3) l. ult. Cod. de edicto D. Hadr. tollendo.

4) l. 37. D. 10. 2. Mein Buch II. S. 82, 83.

die andere aber wird einstweilen angenommen, und sollte deshalb mit Unrecht etwas bezahlt seyn, so kann das Bezahlte nicht zurückgefodert werden, und zwar wegen der alten Richtung des römischen Prozesses und der res judicata[1]).

Die Erbtheilungsklage[2]) ist ein judicium generale, bonae fidei, arbitrarium, aber die juristische Grundlage für dieselbe ist die angenommene communio; wird dagegen excipirt, d. h. daß der Kläger gar nicht erbberechtigt, oder nicht auf den bestimmten Theil berechtigt sey[3]), so ist dies eine exceptio praejudicii[4]).

§. 673.

Object dieser Klage.

Nicht das ganze Erbvermögen fällt in diesen Prozeß; also kommen nomina nicht in die Theilung, so wenig wie der baare Geldbestand[5]). Dagegen ist

a) diese Klage keine Mehrheit von judiciis communi dividundo, daher wird mit dieser Klage nur einmal geklagt[6]), daher muß das Theilungsprincip über das Ganze ausgesprochen werden. Jedoch wird dadurch das judicium communi dividundo für dasjenige, was damals noch nicht zu theilen war, nicht ausgeschlossen; die Anwendung des bei der Erbtheilungsklage schon Theilbaren aber wird lediglich durch die actio judicati gemacht.

---

1) l. 36. D. eod. Mein Buch II. S. 83. Vieles im römischen Prozeß war nicht rationell oder billig; allein es hatte seinen Formzusammenhang.

2) Actio familiae herciscundae, Glück ad h. l. X. 2. Huschke in seinen Studien I. S. 156. im rhein. Museum VI. S. 280.

3) l. 1. §. 1. D. h. t.

4) Diese gilt noch, andere Präjudicialeinreden, z. B. l. 5. §. 2. l. 7. l. 25. §. 17. D. 5. 3. gelten nichts mehr. Mühlenbruch Pand. §. 716. a. E.

5) Ein großer Unterschied ist zwischen dem Distributivbescheid unsrer Praxis und dem alten römischen Prozesse II. S. 86.

6) l. 20. §. 4. l. 25. §. 20. D. 10. 2.

b) Im Einzelnen ist anzuführen, daß die Theilung auf die juristisch theilbaren Sachen, welche in dieses judicium fallen, sich von selbst bezieht [1]): daß bei den juristisch untheilbaren Sachen, d. i. den servitutes praediorum und der obligatio in non faciendo die Partien sich durch Cautionen sichern müssen [2]), ferner, daß auch bei den factis individuis, weil es oft statt der richterlichen aestimatio eine vertragsmäßige correale geben kann, oder bei der Pfandschuld, Noxalschuld, durch eine Caution zu helfen ist [3]) — endlich, daß gewisse Güter nicht getheilt werden sollen, wie cautiones hereditariae, wo denn zu bestimmen ist, welchem Miterben sie für immer oder einstweilen zukommen [4]).

c) Aber nicht blos von den activis, sondern auch von den passivis ist in diesem Prozesse die Rede. Und diese bestehen in Beziehung auf die Gläubiger schon aus der Universalsuccession, dann zu den Vermächtnißnehmern und den Miterben selbst ex hereditatis aditione. Hieher gehört dann auch die Aufrechnung aus einer Handlung, die der eine Miterbe als solcher vorgenommen hat, und die Beschädigung ex dolo oder culpa des andern. Im Uebrigen kann auch unter einem Theile der Miterben das Erbtheilungsjudicium durchgefochten werden [5]).

Wenn Ich und Du Erben des Titius sind, und Ich und Du mit diesem Titius Erben des Sejus waren, so kann mit der Vertheilung der Erbschaft des Titius in demselben Prozesse auch die Vertheilung der Sejanischen Erbschaft vorgenommen werden, denn es sind zwar zwei Partheien da, nämlich

a) Ich und Du als Erben des Titius,

b) Ich und Du und der Titius als Erben des Sejus, aber die Person des Titius fällt wieder auf Mich und Dich,

---

1) l. 22. §. 4. D. h. t.
2) l. 25. §. 10. 11. 12. D. h. t.
3) Mein Buch S. 88.
4) l. 5. 6. D. h. t.
5) l. 2. §. 4. D. eod. Mein Buch II. 90.

und so entsteht in der That nur ein Prozeß, obgleich man immer von einer subjectiven Klagenhäufung gesprochen hat [1]).

§. 674.

Officium judicis.

Dieses ist Nichts, als dasjenige, was im alten Prozesse dem judex arbiter frei stand, und was sich allmählig mit unserm ganzen Prozeßgang verbunden hat. Jedoch muß man

I. vor Allem unterscheiden das außergerichtliche Verfahren von dem Erbtheilungsprozeß, denn das erste, auch wenn es unter Vermittlung einer richterlichen Person geschieht, constituirt nur einen Vergleich, worüber, wenn es später zum Prozesse kömmt, des Richters arbitrium allerdings beschränkt wird.

II. Das Urtheil geht aber über alle Theilhaber in ihren Rechten und Pflichten, und der Richter kann hier weiter gehen, als strenge Rechtsprincipien zulassen, namentlich kann er die Foderung an einen Erbschaftsschuldner einem Miterben zuweisen, und eine Schuld der Erbschaft einem Miterben auflegen [2]); wenn nun die Gläubiger in der letzten Hinsicht sich nicht an den Einen halten, sondern an alle Erben, so muß natürlich der angewiesene Miterbe die Anderen entschädigen [3]); und so geht des Richters arbitrium auch auf Dritte. Der Richter kann eben deshalb auch wirken, wenn der Testator eine Sache mit einem andern in Gemeinschaft hatte, wo der Richter nur einen Miterben darauf anweisen kann, was ebenso gilt, wenn der Testator einen Theil der Sache einem Andern legirte oder der eine

---

1) l. 25. §. 4. D. 10. 2. Göttinger Anzeigen vom Jahre 1828. S. 1166. Linde in seiner Zeitschrift I. Bd. S. 316.

2) l. 3. D. h. t.

3) l. 20. §. 5. D. h. t.

Erbe seinen Theil an mehrere Käufer veräußerte. In allen diesen Dingen soll der Richter auf die Bestimmung eines billigen Theilverhältnisses sehen [1]).

III. Was vor dem Antrit der Erbschaft geschah, gehört nicht in das Theilungsjudicium, aber das, was nach Antrit der Erbschaft vorgenommen ist. Natürlich muß der eine Erbe animo heredis gehandelt haben, denn sonst hat er nur die actio negotiorum gestorum. In der Erbtheilungsklage bleiben die Foderungen und Schulden eines Theilhabers gegen den Erblasser außer Betracht, denn dieses lößt sich Alles durch Abrechnung und Confusion; anders aber ist es bei der Bestimmung des Erbrechts nach den Theilen, wo sie ebenso mit berechnet werden, wie bei der außergerichtlichen Vertheilung.

IV. Die Partheien erscheinen durchaus als Kläger und als Beklagter, und jeder Posten ist hier einzeln zu untersuchen. Aber keineswegs die Auseinandersetzung des Ganzen ist der Zweck dieses judicii, sondern die Ordnung der streitigen Punkte, freilich nach dem Grundprincipe der communio. Es ist also hier keineswegs von der Regulirung der Theilung selbst die Rede, sondern von der Auseinandersetzung der streitigen Punkte unter den Miterben [2]).

§. 675.

Wirkung des Theilungsprozesses.

Es entspringen daraus 2 Folgen:

a) Die res judicata,

b) Die adjudicatio.

ad a. Ist die res judicata vollzogen, so bewendet Alles, und es gilt keine Rückfoderung [3]); ist sie aber noch

---

1) Mein Buch II. S. 99.

2) Die Stellung in §. 725. bei Mühlenbruch scheint uns daher nicht natürlich.

3) l. 28. D. 12. 6.

nicht vollzogen, so haben die minores die Restitution, und die majores haben nur die Syndicatsklage gegen den Richter, der ex dolo oder culpa handelte, und gegen einen Theilnehmer, soferne er actione judicati klagt, nur dann die exceptio doli, wenn er am Betruge participirt hat [1]). Wegen error, dolus des Richters hat man allerdings das Recht zu appelliren, aber die Privatrechtsmittel kann man hier nicht, wie in einem Privatgeschäfte, anwenden [2]). Ein neuer Erbtheilungsprozeß kann nur bei gänzlich veränderten factischen Umständen (causa cognita) angestellt werden [3]): aber einzelne praestationes können auch noch durch die actio communi dividundo, negotiorum gestorum verfolgt werden, und die res judicata hält nicht auf.

ad b. Für die nomina folgt aus dem judicio jetzt seit Antoninus Pius immer eine actio utilis. Die Körper aber sind adjudicirt d. h. es bedarf keiner traditio, aber mit der publicirten Sentenz ist der Erwerber auf einem Derivativtitel mit onerosem Fundament Eigenthümer und Alles, was daraus folgt — Eviction, Mängel, Ersatzposten, Verjährung geht wie bei einem Kaufe und Tausche vor sich, und kann unter Umständen hier die allgemeine Klage — praescriptis verbis angewendet werden [4]). —

---

1) Siehe mein Buch II. S. 102.

2) l. 3. Cod. utr. jud. ändert nichts daran.

3) l. 20. §. 4. D. h. t.

4) Mein Buch II. S. 105. 106.

Fünftes Capitel.

Von den Vermächtnissen [1].

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Theil.

§. 676.

Unterschied der Legate und Fideicommisse, Exäquation derselben [2].

Die Römer unterschieden sehr genau den Erben, und jeden Andern, welcher letztwillig bedacht war. Der Erbe konnte nur im Testamente directe bestellt werden, das Legat ebenfalls directe: andre Sachen und Freiheiten konnten directe und per fideicommissum gegeben werden. Legate nur im Testamente oder in bestättigten Codicillen, Fideicommisse bald in bestättigten Codicillen oder Testamenten, bald in unbestätigten und konnten auch an Intestaterben erlassen werden. In Hinsicht der inneren Form hatten bekanntlich die Legate die bekannten vier genera der Einsetzung, wobei es nicht blos auf die Worte, sondern auch auf den Gegenstand und auf das Recht des Testirenden ankam. Das legatum damnationis war das am meisten begünstigte, und die Conversion dahin möglich: die Fideicommisse hatten keine Form, waren bonae fidei negotia gleichsam, und wurden durch einen außerordentlichen summarischen Prozeßgang vollzogen. Der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen war aber nicht nur in der Form und in den

---

1) Fr. Duareni comm. in tit. XXX. Dig. opp. p. 478. seq. E. C. Westphal herm. system. Darstellung des Rechts von Vermächtnissen und Fideicommissen Theil I. II. Leipz. 1791. C. F. Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen. Heid. 1835. Bd. 1. 2.

2) Marezoll in seiner und Linde's Zeitschr. B. 9. Abhdl. 4. und 9.

Wirkungen verschieden, sondern die Fideicommisse waren bald den Legaten in einzelnen Punkten genähert, namentlich in einzelnen Einrichtungen des juris civilis et praetorii, bald frei davon gehalten [1]), bald wurden Interpretationsgrundsätze von den Legaten auf die Fideicommisse und von den letztern auf die ersten angewendet [2]), und so entstand frühzeitig der Satz: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [3]). Auf eine gänzliche Exäquation in allen Richtungen und Theilen ist wohl nicht gedacht; aber bis auf zwei Punkte ist sie doch bewirkt. Zuerst erklärten Constantins [4]) Söhne, daß auf die Worteinsetzung bei den Erbschaften und andern Verfügungen Nichts ankommen soll, aber keineswegs haben sie die 4 Arten der Legate, und das Fideicommiß aufheben wollen, sondern sie haben ein Legat, welches gar keine Legatsform hat, als Fideicommiß bestehen lassen wollen [5]), und ihre Verordnung war eine halbe Maaßregel. Nun kamen Justinians zwei berühmte Constitutionen [6]), die sich auf die Rechtsmittel und auf die innere Form der Legate und Fideicommisse beziehen [7]). Was die Rechtsmittel betrifft, so gibt der Kaiser zuerst eine persönliche Klage [8]), welche er auch auf die Intestatfideicommisse ausdehnte, dann geschah es, daß er die vindicatio beibehielt, wo sie nach der Natur des Gegenstandes und nach dem Willen des Anordnenden denkbar war, endlich daß er statt der einen in rem missio

---

1) Mein Buch über Vermächtnisse II. S. 97. 98.
2) 99. 100.
3) Kein Emblema. l. 1. D. 30.
4) l. 1. cod. Theod. 4. 4.
5) A. M. ist Marezoll in seiner und Linde's Zeitschr. IX. S. 250.
6) l. 1. 2. Cod. 6. 43.
7) Die Auslegung bei Marezoll Bd. IX. Heft 2.
8) Ueber die missiones in rem thut uns Marezoll Unrecht, denn gerade in demjenigen, was er als practisch deduciren will, hätte er nicht blos die Note 2. S. 106., sondern was in dem Register so leicht zu sehen war I. 505 — 509. durchsehen sollen.

eine actio in rem hypothecaria einführte. Was die Form angeht, so sieht man bald, daß gerade hier Justinian Alles ausgleichen und Grundsätze dafür aufstellen wollte[1]: namentlich wenn früher der Legatar nicht weiter onerirt werden konnte, sollte dieses jetzt möglich seyn u. s. w. Nur sollte nach den theils in der Constitution liegenden theils aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleitenden Grundsätzen nicht aufgehoben seyn:

a) der jetzt unbrauchbare Unterschied zwischen der libertas directe et per fideicommissum data.

b) Der Unterschied zwischen dem Erbschaftslegat und dem Erbschaftsfideicommiß, wovon als etwas noch sehr practischem an seinem Orte die Rede seyn wird[2].

§. 677.

Ueber die Ausbildung der römischen Institute nach zweien Systemen.

Die Lehre von den Legaten war mehr als irgend eine andere auf die Technik der alten Testamente gebaut d. h. die Auslegung derselben geschah nicht nach dem Willen und nach der Absicht des Testators, sondern nach den Worten und nach dem Gegenstande, sowie nach den allgemeinen Erwerbformen; nur in letzter Hinsicht sah man auf die Zeit der Erwerbung, bis auch hier Cato die Rückführung der Gültigkeit auf die Zeit der Bestellung anordnete, wobei natürlich die besondre Bestimmung der Bedingungen etwas Besonderes verfügen konnte. Anders bei den Fideicommissen, wo unter Voraussetzung einiger allgemeinen Erwerbgrundsätze für den Testaments- oder Intestaterben lediglich die Intention des Anordners entschied. Vielerlei daraus geschöpfte natürliche Interpretationsregeln gingen dann auch

---

1) Mein Buch I. S. 109. ff.

2) Dagegen Thibaut, Marezoll: dafür Mühlenbruch §. 727. Note 9.

auf die Legate über z. B. daß das Vermächtniß einer fremden Sache auch ohne Bedingung gilt, wenn der Werth derselben erkannt werden kann, und wenn man sieht, der Testator habe sie für seine eigene angesehen, oder dies wenigstens zu präsumiren ist. Dabei muß man denn auch vorsichtig seyn z. B. Chiflet behauptet, nach der l. 6, pr. D. 29, 4. gingen die Legate den Fideicommissen vor, aber mit Unrecht, denn es ist hier nur das edictum si quis omissa causa auf eine natürliche Art in Anwendung gebracht, so daß die Testamentsverfügungen den Intestatverfügungen vorgehen, da in einem solchen Umfange beide erfüllt werden müssen. Im Uebrigen ist die Exäquation der Legate und Singularfideicommisse eine durchgreifende und vollständige, ja es lassen sich jetzt nicht einmal die in den Pandekten[1]) und Codex aufgestellten Interpretationsgrundsätze unterscheiden. Im Uebrigen siud solche Untersuchungen dennoch wichtig, denn wenn z B. die Franzosen das Vermächtniß eine fremden Sache verbieten, so kann es doch durch eine ausdrückliche Bedingung, wie oben bei den alten römischen Legaten aufrecht erhalten werden.

§. 678.

Universalvermächtniß.

Der Testator soll ohne Rücksicht auf die Uebernahme seiner Persönlichkeit Andern mortis causa Alles Mögliche von seinen Gütern zuwenden können, und dies heißt im rechten Sinne „Vermächtniß“ so daß das Erbrecht im Gegensatze zu den Vermächtnissen keinen objectiven Standpunkt hat, und dem Erben auch vermacht wird, ja Alles im Geiste unsrer Sprache ein Vermächtniß heißt: dagegen geschieht es daß ein Theil des Vermögens, ja das ganze Vermögen selbst vermacht wird, ohne daß der Empfänger Erbe wäre. Das legatum partitionis mußte freilich einen Erben da-

---

1) de rebus dubiis.

durch voraussetzen, daß diesem ein bestimmter Theil am Vermögen gegeben war [1]), die fideicommissa hereditas aber lies Alles in der fiduciarischen Form bestehen, wobei freilich in der Folge auch andre Grundsätze eintraten.

Aber selbst die Hinterlassenschaft eines dritten oder des Honorirten kann Object des Vermächtnisses seyn; doch hier ist kein Universalvermächtniß im Spiele, sondern ein einfaches legatum vel fideicommissum universitatis rerum. Also können in diesem Falle weder die Grundsätze der Erbsuccession, namentlich des Zwanges zur Erbantretung, oder der lex Falcidia angenommen, noch die Früchte anders wie die Früchte jeder einzelnen zu diesem Complexe gehörenden Sachen angesehen werden [2]).

§. 679.

Historische Entwickelung des Universalfideicommisses im Gegensatze des legati partitionis und gegenwärtiger Stand desselben.

Ursprünglich konnte der Universalfideicommissar nicht anders angesehen werden, wie der emtor hereditatis, d. h. er bekam wie der Singularfideicommissar die Erbschaft titulo singulari inter vivos. Allein als man den Zweck des Universalfideicommisses, den Nacherben in ein vollkommenes Successionsverhältniß zu setzen, auf der einen Seite, und sodann den unmittelbaren Erben unter andern Umständen wieder einigermaßen zu schützen, einsah, und den bloßen Verträgen nicht überlassen wollte, was früher allein in der stipulatio partis et pro parte lag, da kamen zwei Rechtsinstitute auf, welche zwar als allgemeine Normen zur Anwendung

---

1) Mein Buch I. S. 129.

2) Mein Buch I. S. 126.

da standen, aber dem unmittelbaren Erben dennoch das Wahlrecht ließen.

a) Der Fideicommissar soll als heredis loco stehend betrachtet werden. Während er früher als emtor nur hie und da die utilis actio erhalten hatte, die ihm unter andern Umständen denegirt werden konnte, erhielt er jetzt die hereditatis petitio directa. (SCtum Trebellianicum) Noch mehr alle einzelnen hereditariae actiones gingen directe auf den Fideicommissar über, und er selbst konnte direct belangt werden. Der Fiduciar dagegen erhielt mit der Restitution die exceptio doli gegen die Kläger.

b) Der Fideicommissar soll als legatarii loco angesehen werden. (SC. Pegasianum) Hier bleibt natürlich der unmittelbare Erbe im Allgemeinen und in den einzelnen Fällen mit den Erbschaftsklagen berechtigt, auch nur allein aus diesem Standpunkte verklagbar: dagegen hat er die quarta Falcidia für sich, soll aber auch zu dem Erbschaftsantrite gezwungen werden können.

Der Testator hatte natürlich auch seinen eigenen Weg, er konnte nämlich (ohne hier auf das Partitionslegat zu denken) dem Erben aufgeben, wie er einen Theil des Vermögens dem Andern zuwenden solle, und es ist sicherlich auch anzunehmen, daß er den Erben an das SC. Trebellianicum binden, oder nach dem SCto Pegasiano verpflichten, oder sonst ein Singularfideicommiß bestellen konnte, so daß denn im Ganzen die alte Form und die neuen Formen freistanden, und der Testator darneben selbst Bestimmungen treffen konnte.

Aber Justinian mißverstand den Geist des Alten oder gedrängt durch vorwiegende Ansichten seiner Zeit versuchte er das Ganze so zu vereinfachen:

I. Der Fiduciar soll die Hinterlassenschaft immer als Erbschaft restituiren. Jedoch

II. Soll er die quarta Falcidia abziehen, wenn der Testator es ihm nicht verboten hat.

III. Wenn der Fiduciarius von der Hinterlassenschaft

Nichts wissen will, so soll es ipso jure so gehalten werden, wie wenn er angetreten und restituirt hätte, womit er freilich den Anspruch auf die Quarte verliert [1]).

Es versteht sich von selbst, daß jetzt der Testator in seinen eigenen Verfügungen auf diese Grenzen Rücksicht nehmen muß, d. h.

1) er kann wohl den Erben ohne Fideicommiß ernennen, und ihm einen andern als Partitionslegatar zu ordnen, kann er

2) das Fideicommiß selbst so stellen, daß es dem Erben frei steht, entweder nach dieser Verordnung, zu verfahren, oder den Eingesetzten als Partitionslegatar anzusehen, aber er darf

3) nicht mehr auf das alte Recht der Wahl zwischen emtio, und dem SC. Trebellianum oder dem SC. Pegarianum zurückkommen.

Zwar gibt es einige Juristen, welche auch dem Testator das Recht von 1 und 2. bestreiten, und behaupten, daß Justinian damit auch das Partitionslegat aufgehoben habe [2]): und wenn es auch wahr ist, daß der Kaiser in der l. 1. Cod. 6. 43. die actio hypothecaria sowohl dem Universal- als dem Singularfideicommissar gegeben hat, weil er den richtigen Gedanken hatte, Alle in den Rechtsmitteln auszugleichen, so ist doch andrerseits sonnenklar, daß kein Gesetzgeber dasjenige ausgleichen kann, was gar nicht auszugleichen ist. Wenn der Testator den offenen Sinn hat, Jemanden nur als Vermächtnißnehmer anzusehen, und z. B. dem Erben freizugeben, den Letzteren in einzelnen Posten durch Geld abzufinden, wie sollte er hier für den Vermächtnißnehmer ein Erbrecht herausbringen? Justinian hätte das Partitionslegat verbieten können, allein dies hat er nicht gethan: aber interpretando mit Löhr anzunehmen, er habe es

---

1) Die Punkte I. II. stehen in den Institutionen II. 23. der Punkt III. in Nov. 1. c. 1. §. 1.

2) v. Löhr, Thibaut, Marezoll (Linde IX. 2.) Schrader (Tübinger Zeitschr. II. S. 406.)

verboten, er habe einen Gewaltstreich ausgeübt, wo kein Wort dafür vorkömmt, ist Unrecht: endlich mit Thibaut zu sagen, Justinian habe da, wo das Fideicommiß günstiger sey, die Natur desselben, da, wo das Legat gültiger sey, dessen Natur entscheiden lassen, paßt auf unsern Fall nicht, wo das SC. Trebellianicum den Universalfideicommissar bereits zum Erben gemacht hat, und also die Legatsnatur nicht anzuwenden ist — es folgt, daß Justinian, selbst wenn er das Partitionslegat aufgehoben hatte, eine Lücke gelassen hätte, an welche er gar nicht gedacht hat [1]).

§. 680.

Partitio hereditatis.

Vor Allem ist wichtig, daß man

a) die partitio hereditatis nicht mit der universitas hereditatis alienae verwechsle, was in der That eigene Rücksichten schon der Schulden wegen hat, indem der Vermächtnißnehmer nur die Schulden zu bezahlen hat, welche zur Zeit des Anfalls dieses Vermächtnisses nicht schon bezahlt sind [2]).

b) Daß man auf einen Unterschied nicht eingehe, der sonst so gemacht wurde, daß bei der pars legata der Vermächtnißnehmer für die Schulden hafte, nicht aber bei der pars bonorum legata, was aber in der That gänzlich gleich ist [3]).

Sofort folgt

1) der Erbe hat das Recht, den Legatar in die Theilung hineinzuziehen oder denselben in einer festen Summe

---

1) Die zusammenhängenden Argumente mein Buch I. S. 132 ff.

2) Schwierig ist die l. 16. §. 5. D. 36. 1. Mein Buch S. 141.

3) Mein Buch S. 142.

abzufinden [1]). Dabei bringt der Erbe dasjenige in Berechnung, was der Testator ihm selbst schuldig ist und der Legatar kann ihm die Confusion nicht vorhalten [2]).

2) Ueberhaupt findet die stipulatio partis et pro parte statt; dies wollen freilich unsre Gegner am wenigsten zugeben, weil der Partitionslegatar gewißlich jetzt auch der Eigenthum an den einzelnen Erbschaftssachen nach der Exäquation habe, woraus freilich folgen würde, daß der Erbe an den einzelnen Erbschaftssachen mit dem Legatar nur Communion hätte, allein dabei wird übersehen, daß der Erbe doch Rechte vor dem Erbschaftsantrit hat, und dem Legatar erst mit dem Antrit verbunden wird, und daß sicherlich nicht die Rechte am ganzen Vermögen dadurch verändert werden. Auch müßte man dann mit Thibaut die Ansicht sub Nr. 1. läugnen: was doch gewiß eine Beschränkung des ausgesprochenen testatorischen Willens wäre. Man wollte nämlich einerseits den Erben nicht vom Legatar abhängig machen, und andrerseits den Legatar nicht unmittelbar und durchaus den Schulden und Lasten der Erbschaft aussetzen. Dieses Legat wurde oft auch so ausgedrückt: Illi, quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo [3]) — wodurch man am beßten sieht, daß dem Erben die Sachen und Foderungen gehören, soweit er den Legatar nicht speciell darauf anweißt, und daß die Lasten und Schulden erst abgezogen seyn müssen [4]).

3) Das Partitionslegat bestimmt sich auch nicht wie die Erbschaft nach dem Tode des Testators, sondern derselbe kann die Berechnungszeit näher festsetzen, und eben deshalb

---

1) l. 26. §. 2. D. 30.

2) l. 104. §. 7. D. 30.

3) l. 51. pr. D. 31. Man sieht auch hieraus, daß in einem solchen Legate mehr eine demonstratio quantitatis vorliegt.

4) Die impensa funeris und die pretia manumissorum gehören nicht zu den Schulden l. 8. §. 5. D. 31.

kann er auch dasjenige einrechnen lassen, was in der Note als nach der Regel uneinrechenbar steht [1]). Die Früchte gehören daher immer dem Erben.

4) Noch weniger gehen die einzelnen actiones hereditariae über, ausser in Gemäßheit einer eigenen Cession [2]).

5) Eine Art von Theilung findet überall statt, und gerade diese schließt sich auch bei uns mit einem Vorbehalte, welcher eben die Natur der römischen stipulatio hat, so daß nur dadurch die Sache gleichsam als abgethan angesehen werden kann [3]).

§. 681.

Vom successiven Fideicommiß.

Im römischen Rechte war frühe der Gedanke aufgekommen, daß man durch ein Fideicommiß das Vermögen von der zweiten Hand in die dritte und weitere bringen könne [4]). Gleichgültig ist es, welchen Zweck der Anordner dabei hatte; ohne dies war auch seit einiger Zeit die Ansicht practisch geworden, daß man einen postumus einsetzen könne, wofür freilich in unserm Falle keine Fiction stattfand, so, daß man eigentlich sagen müßte, durch dieses Fideicommiß sey das ganze alte Grundprincip von der Einsetzung der postumi erschüttert worden. Allein es kömmt dieses offenbar von der unjuristischen Entwickelung der Fideicommisse [5]).

Um jedoch der Sache einigen juristischen Haltpunkt zu geben, der nach römischen Grundsätzen schwer möglich war, machte Justinian in der Nov. 159. unverständige Be-

---

1) l. 9. D. eod.
2) Mein Buch S. 131.
3) S. 146.
4) l. 1. §. 8. D. 36. 1. §. 11. J. h. t. (2, 23.)
5) Siehe auch über den unrichtigen Begriff der Familie l. 5. Cod. de Verb. et Rer. signif. Faber error. pragm. dec. 54. err. 7. 8. 10.

stimmungen: ein solches Fideicommiß soll nur auf vier Generationen beschränkt werden, wobei freilich der Kaiser mit in das Auge faßt, daß in dem ihm gerade vorgelegten Falle der Repräsentant der vierten Generation zeugungsunfähig war. Offenbar dachte der Kaiser an die unrömische Idee von den postumi, ging im letzten Falle auf 4 Generationen das gewissermaßen größte menschliche Lebensziel — ein; aber von dem seiner Idee untergeschobenen color der Unfähigkeit zur Zeugung machte er natürlich Nichts abhängig, obgleich dieses Marezoll glaubt [1]).

§. 682.

Von dem fideicommissum ejus, quod superfuturum est.

Ebenso im Geiste unjuristischer Haltung war der Gedanke, daß der Erbe dasjenige, was möglich sey, einem Andern erhalten solle. Ebendeshalb, erklärt Papinian, daß der Fiduciar in einem solchen Falle hinsichtlich seines Aufwandes auch an dasjenige Vermögen sich halten müsse, was er sonst außer dem ererbten Vermögen besitze [2]): und eben deshalb sollten in diesem Falle Bürgen gestellt werden, welche auch für das discrete Benehmen des Fiduciars verhaftet sind [3]). Sicherlich aber kann der Fiduciar die Früchte des Fideicommisses durchaus für sich verwenden; aber das Fideicommiß bleibt eine universitas, so daß die aus den Sachen gemachten Erlöse dazu gehören, aber auch die nöthigen Pfandrechte darauf bei der Restitution als bestellt übergehen.

Justinian wollte auch hier das Institut juristisch wirksamer machen und verfügte:

---

1) v. Löhr Magaz. IV. B. S. 203.
2) l. 54. D. 36. 1.
3) l. 54. cit.

1) Der Fiduciar müßte immer ein Viertel von einem solchen Fideicommisse dem Fideicommissar zukommen lassen, ausgenommen bei der Auslösung von Gefangenen, bei der dos und sponsalitia largitas, wobei denn vorausgesetzt wird, das der Fiduciar durchaus kein Vermögen für solche unabweisbare Zwecke hat. Außerdem nämlich muß er das Fehlende aus seinem Vermögen ersetzen. Ebendeshalb

2) soll der Fiduciar zu diesem Betrage auch Caution stellen, außer es wäre ihm dieses speciell erlassen [1]).

§. 683.

Ueber die Anordnung des Universalfideicommisses im Allgemeinen.

Vor Theodosius II. wurde das Universalfideicommiß ohne alle Form errichtet, also

a) stillschweigend, wobei nur die Absicht unzweideutig seyn muß [2]).

b) Durch eine ganz allgemeine Anordnung, wenn sich nur eine bestimmte Richtung für die Interpretation darin findet.

c) Doch gibt es keine juristischen Präsumtionen, aber die Interpretation selbst soll auf das liberalste gemacht werden z. B. wenn ein zweites Testament gemacht wird, woraus man sieht, daß das erste Testament nicht vernichtet seyn sollte. Ebendeshalb wurde auch eine Pupillarsubstitution in eine Fideicommissarische verwandelt [3]).

d) Wenn die Anordnung auch in einem Codicille steht:

---

1) Nov. 108. c. 1.

2) Z. B. die Bedingung, wenn Jemand Kinder erhält, ist nicht gerade eine fideicommissarische Einsetzung für diese Kinder: Faber error. dec. 26. err. 3—6. Höpfner Comm. §. 603. Note 2.

3) Ueber die Interpretation l. 77. §. 1. l. 78. pr. §. 1. D. 36. 1.

quisquis mihi heres erit, ab eo volo [1]), so muß in einem solchen Falle der Wille auch von dem Intestat-Erben erfüllt werden, und es ist dieses die allerwichtigste Seite in der spätern Entwickelung des römischen Testamentsrechts. Im Uebrigen kann das Fideicommiß auch unter Nebenbestimmungen angeordnet werden [2]):

I. Ist die Nebenbestimmung an den directen Erben gerichtet, so kömmt nicht nur die Bedingung selbst, sondern auch noch ihre Interpretation in Betracht [3]), denn einmal muß der Fiduciar den Eintrit der Bedingung auf jede Weise erleichtern, der Fideicommissar muß die potestative Bedingung erfüllen, dem Erben, welchem für den Fall des Nichtantrits der Erbschaft ein Legat vermacht ist, nach dessen Willen dasselbe bezahlen, und nöthigenfalls die Mucianische Caution stellen. Bei der conditio difficilis kann auch der Fideicommissar auf Remission antragen [4]); auch bei der casuellen Bedingung kann der Erbe zur Nachsuchung der b. pio gezwungen werden, weil darauf Sinn und Geist der justinianischen Verfügung geht. Bei der Zweckbestimmung geht die Verbindlichkeit auf den Fideicommissar über.

II. Ist die Nebenbestimmung dem Fideicommissar gesetzt, so ist kein Unterschied zwischen dem Singularfideicommiß und Universalfideicommiß, doch ist sehr wichtig die Richtung auf die Zeit, weil diese hier aufrecht erhalten werden muß, während sie ad I. wegfällt [5]).

---

1) Facere verba fideicommissi.

2) Mein Buch I. S. 158.

3) Die Bedingung kann nämlich zu Gunsten des Fideicommissars erklärt werden.

4) Sieh jedoch l. 63. §. 7. D. h. t.

5) l 46. D. 36. 1. l. 26. §. 1. D. quando dies legat. l. 5. Cod. eod.

§. 684.

Von der Codicillarclausel.

Die Codicillarclausel bedeutet eigentlich Nichts als verba fideicommissi facere, und bestand auch früher, als Theodosius II. seine berühmte Constitution über die Codicille machte. Natürlich setzt auch diese Clausel die vollkommene innere oder materielle Perfection der letztwilligen Erklärung voraus, und imperfecte Anordnungen sind auch für die Intestaterben ohne Folgen [1]). Seit Theodosius II. muß die Codicillarclausel auch eine formelle Perfection haben d. h. sie muß nach der Richtung der Codicille schriftlich oder mündlich perficirt seyn.

Sie bewirkt die delatio ab intestato, und es ist dann möglich, daß auch ein früheres Testament erhalten werde, aber auch nur als Codicill; freilich muß dann dieses frühere Testament aufgehoben seyn [2]), denn es kann auch geschehen, daß die im zweiten Testament zu Gunsten des ersten ausgedrückte Ansicht das erste Testament zum testamentarischen Codicill macht [3]). Ob man für diesen Fall den Ausdruck Codicillarclausel gebrauchen will, ist gleichgültig: aber gewöhnlich wird der Fall der Intestatsuccession angenommen.

Die Codicillarclausel berechtigt den Betheiligten selbst, ganz nach seiner Wahl ex testamento oder ab intestato einzutreten, und das prätorische Edict, si quis omissa causa hat hierher keine Anwendung [4]). Nur bei parentes und liberi [5]) ist eine Veränderung der einmal ausge-

---

1) l. 11. §. 1. D. 32. vergl. l. 38. D. 40. 5.

2) z. B. durch ein codicillarisches Testament an die Intestat-Erben.

3) Siehe auch l. 92. D. 28. 5.

4) Mein Buch I. S. 65.

5) 4r Grad der Agnation, 3r Grad der Cognation.

sprochenen Gesinnung ex testamento oder ab intestato anzutreten zulässig, nicht bei andern Personen [1]).

Bei dem Testamente eines Blinden hat die Codicillarclausel nur die Richtung, daß ab intestato rein succedirt werden kann, und materielle Mängel gehoben werden; aber im ersten Falle haben die in dem nicht als Testament solennisirten Acte gemachten Dispositionen keine Bedeutung [2]).

Die Codicillarclausel gilt nichts:

a) Wenn die testamenti factio fehlt, weil hier auch ein Fideicommiß ungültig ist, namentlich wenn der Eingesetzte nicht in rerum natura ist [3]).

b) Sehr zweifelhaft ist es, wie bei der Präterition der sui et emancipati die Codicillarclausel wirkt. Offenbar hat man bald eingesehen, daß, wo die Intestatsuccession gilt, auf die Einsetzung oder Präterition der sui et emancipati Nichts ankommen könne, denn sie sind durch das Intestatrecht gerufen [4]): Andere [5]) haben freilich gelehrt, die sui seyen den Pflichttheilsberechtigten gleich: allein der Rescissionsgrund der letztern ist auf keinen Fall mit dem formellen Rechte der ersten zu verwechseln: Dritte [6]) wollten mehr auf das Factische in der Art eingehen, daß man darauf sehen müsse, ob der Testator wirklich durch alle seine Intestaterben den letzten Willen vollzogen wissen wolle, oder ob dieses nicht feststehe, denn im letztern Falle solle die Codicillarclausel keine Folgen haben.

---

1) l. ultim. §. 1. 2. Cod. de codic.

2) v. Löhr im Archiv II. Bd. S. 187.

3) l. 14. D. 29. 7. Gajus II. §. 287. nicht ist entgegen §. 27. J. 2. 20. Seuffert einige Bemerkungen über die Codicillarclausel. Würzburg 1828. Zimmern in den Schunk'schen Jahrbüchern VII. S. 273. ff.

4) Hellfell de effect. claus. cod. §. 26.

5) z. B. Mühlenbruch III. ed. lat. §. 686. Note 4.

6) Bartolus ad l. 36. §. 2. D. de test. mil. dagegen schon Baldus.

Jedoch ist dieses nur bei den postumis gemeint, weil diese gewiß nicht sollten ausgeschlossen seyn [1]).

Im Uebrigen aber scheint die Distinction des Bartolus überkünstlich und gerade anzunehmen, daß die Präterition hier ohne Bedeutung ist: also daß gerade in der causa juris auch die quaestio facti liege.

c) Fehlt es an der Erbeinsetzung oder an andern materiellen Rücksichten [2]), dann wird die Intestaterbfolge unzweifelhaft aushelfen.

d) Wird das Testament expost durch status mutatio ungültig (irritum), so gilt die Codicillarclausel so wenig etwas, wie ad a., wenn nicht durch b. p. secundum tabulas geholfen werden kann.

e) Wird das Testament rumpirt durch voluntatis mutatio, so fällt auch die Codicillarclausel, wenn nicht gerade die Absicht hervorleuchtet, mit der Intestatordnung ausdrücklich die übrigen Vermächtnisse zu erhalten.

f) Wird das Testament rescindirt, so besteht die Codicillarclausel nicht [3]). Wie es aber bei der Nov. 115. sey, ist am allermeisten streitig. Gewöhnlich wachen hier die oben sub b. angegebenen Streitigkeiten auf; und besonders kann man annehmen, daß der Testator leicht in der angeführten causa sich irren konnte. Daher haben Viele gelehrt, die Clausel dürfe nicht wider die Absicht des Erblassers angewendet werden [4]): Andere, der jetzige oder künftige Notherbe müsse nicht durch Irrthum in der causa, sondern wissentlich übergangen seyn [5]): — allein nach unsrer Ansicht

---

1) l. 24. §. 11. l. 38. D. 40. 5. l. 17. D. 28. 3. Chiflet bei Otto V. p. 829., dann Franke Notherbrecht S. 33.

2) Z. B. wenn keine Transmission statt hat, wenn die Bedingung nicht eintrit, wenn der Erbe vor der Antretung die testamentifactio verliert.

3) l. 13. D. 5. 2. l. 36. D. 32.

4) Franke Notherbrecht S. 419.

5) Thibaut Pand. §. 785.

hängen die Vermächtnisse und die andern Anordnungen so sehr von der Hauptdisposition ab, daß die Vernichtung der Codicillarclausel soweit wird eintreten müssen, als die Aufhebung des testamentarischen Erbrechts kraft der Nov. 115. statt hat. —

§. 685.

Von der Restitution des Fideicommisses.

1) Von der Pflicht im Allgemeinen.

Als der Fiduciar nach dem SConsulte des Pegasus gezwungen wurde, die Erbschaft anzutreten, so geschah dieses offenbar im Geiste des SCti Trebellianici, und hier also war schon gewissermassen eine Verbindung beider für einen gewissen Fall. Auch hier muß der Fideicommissar das Legat bezahlen, welches dem Fiduciar zugedacht ist, wenn er nicht Erbe wird [1]). Verlieren konnte also der Fiduciar nie — wohl aber gewinnen.

Also war denn die Vorschrift, daß die Erbschaft angetreten sey, sowohl wenn der Fiduciar nicht will, als wenn er gestorben ist, ohne Rücksicht darauf, ob es vom zweiten oder von einem weiteren Fideicommisse sich handelt, höchst natürlich, und eben so natürlich war es, daß, wenn nur einer von mehreren Miterben angetreten hat — Alle als Erwerber angesehen wurden [2]).

Bei einem solchen Präjudize verliert dann der Fiduciar das Prälegat [3]), die Pupillarsubstitution [4]), es wäre denn eine gegentheilige Ansicht des Testators erkennbar. Jedenfalls aber verliert er den Genuß der Früchte und die Quarte. Aber er behält das Familienbegräbniß und die Erwerbung durch Erfüllung einer Bedingung [5]).

---

1) l. 11. pr. D. 36. 1.
2) l. 7. §. 1. Cod. 6. 49.
3) l. 27. §. 14. D. 36. 1.
4) l. 27. §. 2. D. eod.
5) l. 27. §. 15. l. 44. §. 5. D. 36. 1.

§. 686.

2) Zeit und Form der Restitution.

I. Zeit. Es finden hieher die gewöhnlichen Grundsätze von dem dies cedens und veniens statt — der erste ist der Tag der Begründung des Rechts, der andere der Tag der Solution. Wäre eine Bedingung angenommen, so bezieht sich diese auf den Tag der Begründung; wäre die Nebenbestimmung aber keine Bedingung, so bezieht sie sich blos auf den Tag der Solution [1]). Oft ist behauptet worden, wenn die Zeitbestimmung der Todestag des Fiduciars sey, so müsse der Fideicommissar diesen Tag erlebt haben oder es sey eine Bedingung [2]); allein die Interpretation ist nicht so zu machen, sondern es hängt hier Alles von der besondern Absicht und Interpretation des letzten Willens ab [3]).

Ist einem filius f. ein Fideicommiß vermacht, so ist der Vater es erst dann zu bezahlen schuldig, wenn der Sohn aus der väterlichen Gewalt trit [4]). Sollte der Vater aber muthwillig damit umgehen, so muß er schon früher die Hand von der Benützung lassen, und das Fideicommiß herausgeben [5]). Der Fiduciar ist im Allgemeinen verbunden, für die Erhaltung zu sorgen, auch für den Fall, wo der Solutionstag schon gekommen wäre [6]).

II. Die Handlung war von jeher ohne alle Form. Aber es ist zu bemerken, daß die solutio zugleich eine successio enthält, und zwar eine Universalsuccession in das Vermögen des Erblassers, und den Uebergang der

---

1) l. 46. D. 36. 1.

2) l. 4. D. 36. 2. Puchta in Schunke's Jahrb. V. Bd. S. 7.

3) Mein Buch I. S. 164. 165.

4) l. 11. §. 10. D. 32.

5) l. 50. D. 36. 1.

6) l. 49. D. eod.

einzelnen activa und passiva [1]). Auch an einen Bevollmächtigten kann restituirt werden, und der Fideicommissar kann patiente oder contumace fiduciario durch seine eigene Handlung alles allein bewirken.

§. 687.

3) Wirkungen der geschehenen Restitution.

Die Resultate einer Lehre sind nicht aus Stellen über ihre Geschichte (§. 3. J. h. t.), sondern aus der practischen Richtung der Zeit zu bemessen, aus welcher wir sie empfangen haben. Ursprünglich war der Fiduciar der wahre Erbe in allen Richtungen: sodann wurde der Fideicommissar ihm in allen Richtungen gleichgestellt, und so ist jetzt der Fideicommissar Erbe oder Miterbe. Dies ist zu erweisen:

a) Aus dem Uebergange körperlicher Sachen, denn die dinglichen untergegangenen Rechte leben zu Gunsten des Fiduciars wieder auf [2]).

b) Die Obligationen sind freilich confundirt, und ein äußeres Object derselben besteht nicht, wie ad a. — also wird die Klage zwar nicht wieder hergestellt, aber dies kömmt nicht aus der Natur des alten Fideicommißrechts, sondern aus ihrer eigenen Natur [3]): dennoch entsteht eine neue Entschädigungsklage [4]).

c) Eben so muß der Fiduciar wohl verantworten, was er aus eigener Handlung veranlaßt hat; allein dies hat keine Beziehung auf unsern Gegenstand [5]); aber

---

1) l. 37. 38. D. h. t.

2) l. 59. pr. l. 73. §. 1. D. 36. 1. Mein Buch I. S. 212 ff.

3) l. 58. pr. D. 36. 1. So hätte nach unsrer Ansicht Mühlenbruch diese Stelle erklären sollen.

4) Ueber dieselbe, ferner Zinsen, mein Buch I. S. 209 ff.

5) l. 78. §. 15. D. h. t.

d) was er für den Fideicommissar begründet hat, geht unmittelbar auf denselben über[1]).

Daß der Fiduciar das persönliche Recht des Familienbegräbnisses hat[2]): oder, wenn der Fideicommissar verzichtet, der Fiduciarerbe allein Erbe ist und bleibt[3]), ändert an der Sache Nichts[4]).

Allerdings ist übrigens in dieser Lehre Folgendes zu bemerken:

1) Es ist ein Zeitraum zwischen der hereditas adita et nondum restituta, der als eine Zwischenperiode ausgeschieden, und nach der Restitution in der Regel mit dem ungetheilten Rechte des Fideicommissars als Erben vereinigt werden muß[5]);

2) Das Accrescenzrecht geht auf den Fideicommissar über, und man braucht sich deshalb nicht auf die l. 83. D. 29. 2., welche von einem heimlichen und unerlaubten Fideicommisse spricht, noch auf l. 43. D. 36. 1. zu beziehen, wo die Entscheidung daher genommen ist, daß der Fiduciar gezwungen antrit, noch weniger gilt hier die Analogie zum Erbschaftskaufe und zum SCto Pegasiano, denn Alles hängt am Ende an dem oben aufgestellten Principe.

3) Hinsichtlich der Früchte, Zinsen und andern Perceptionen aus der Hinterlassenschaft gelten die verschiedensten nach Nr. 1. zu vermittelnden Sätze:

a) Was natürlich vor Antretung der Erbschaft in jeder Hinsicht abfällt, gehört zur Vermehrung der Erbschaft: was aber seit der Antretung an Früchten anfällt, gehört im Allgemeinen dem Fiduciar, wenn er nicht in mora ist[6]): hät-

---

1) l. 8. §. 1. D. 20. 6.
2) l. 42. §. 1. D. eod.
3) l. 70. pr. D. eod.
4) Siehe auch Marezoll in seiner und Linde's Zeitschr. VI. Bd. 3. Heft.
5) Mit Ausnahme der Früchte, siehe Nr. 3.
6) l. 18. §. 2. D. 36. 1.

te aber die Anordnung eine nicht sein Interesse betreffende Hinausschiebung, so gebührt ihm nur die Frucht von seiner quarta [1]). Ist ein Verbot der Quarta da, so gebührt ihm gar Nichts.

b) Dasselbe gilt hinsichtlich der Miethgelder und Zinsen, und der Fiduciar ist nicht schuldig, wegen der in der Mittelzeit nicht gezogenen Gelder Klagen zu cediren [2]): aber ist die Restitution erfolgt, so kann der Fideicommissar wegen der früher verfallenen Capitalzinsen aus seinem eigenen Rechte die Klagen anstellen, und der Fiduciar hat keinen Regreß [3]); umgekehrt aber kann der Erbschaftsgläubiger auch die medio tempore verfallenen und noch nicht bezahlten Zinsen von dem Fideicommissar einfodern, der keinen Regreß hat, sowie wieder umgekehrt der Fiduciar die medio tempore bezahlten Zinsen nicht in Anrechnung bringen kann, aber soweit er ein Capital bezahlt, eo ipso die Restitutionsmasse vermindert [4]).

§. 688.

4) Veräußerung der zum Fideicommiß gehörenden Güter.

Vor der justinianischen l. 3. Cod. communia de legatis bestand folgendes Verhältniß:

a) Nach dem Geiste der alten Lehre war der Fiduciar natürlich Eigenthümer der einzelnen Güter der Hinterlassenschaft; aber der Fideicommissar hat wegen dessen, was der Fiduciar mit Unrecht gethan hatte, die persecutio gegen ihn [5]). Jedoch gilt dies Alles nur vor der Restitution, denn mit der Restitution hörte der Fiduciar auf, Eigenthü-

---

1) l. 22. §. 2. i. f. D. eod.
2) l. 44. §. 1. D. eod.
3) Siehe mein Buch I. S. 178. Note 2.
4) Ueber die Quarte weiter unten bei den Legaten.
5) l. 63. pr. D. 36. 1. l. 80. D. eod.

mer zu seyn, gerade wie bei der traditio, und jetzt konnte gegen jede Eigenmacht des Fiduciars der Fideicommissar unmittelbar klagen [1]). Wenn vor der Restitution der Fiduciar einen Sklaven manumittirt, so geschieht hier nichts in favorem libertatis [2]), sondern es heißt nur, das Geschäft ist natürlich zu Gunsten des Entlassenen (favore sui) gültig [3]), was unsre natürliche Regel nur bestättigt; auch hängt gar nichts damit zusammen, daß, wenn der Fiduciar zur Erhaltung des Vermögens veräußert hat, er sich wohl nach dem Administrationsrechte, aber nicht aus andern Gründen rechtfertigen muß [4]); endlich ist gewiß, daß kraft eines privilegii der Fiduciar, wenn er kein Vermögen hat, von dem Fideicommiß dos und donatio propter nuptias — natürlich ohne Pflicht zur Gegenaufrechnung — nehmen darf [5]).

b) Aber Justinian wollte auch hier ändern, weil in seiner Zeit die Tendenz des mehr unmittelbaren Uebergangs auf den Fideicommißerben vorlag, und er bestimmte:

1) Als Regel [6]), der Fiduciar solle von den fideicommittirten sowohl als legirten Sachen nichts veräußern, ohne Unterschied, ob das Vermächtniß ein pures oder bedingtes sey — ohne Unterschied, ob es an einer universitas oder an einer res singularis stattfinde. Hiedurch wird also die Veräußerung mit einer Nichtigkeit belegt.

2) Natürlich aber hat der Fideicommissar immer das Recht, entweder diese Nichtigkeit vorzukehren, oder nach dem Geiste von lit. a. zu verfahren, denn dieses alte, mit der neuen Verfügung wohl zu vereinigende Verfahren ist nicht aufgehoben.

---

1) l. 70. §. 1. D. 36. 1.
2) A. M. Zimmern im Archiv VIII. Bd. S. 156.
3) l. 25. §. 2. D. 36. 1.
4) l. 22. §. 3. D. h. t. Thibaut Pand. §. 776. Mühlenbruch l. c.
5) Nov. 39. c. 1. Marezoll bei Löhr IV. Bd. S. 223 ff.
6) Die Ausnahmen aus der Administrationsbefugniß werden aber nicht abgeschnitten.

v. Löhr will nicht die ad 1. behauptete Nichtigkeit anerkennen, und Andere wollen nicht unsre Vermittelung zulassen, weil der Kaiser strenge disponirt habe (wo er doch früher begründete Rechte nicht nehmen konnte). v. Löhr behauptet insbesondere:

a) Die Constitution spreche blos von Singularfideicommissen.

b) Unter der vindicatio sey blos die hypothecaria gemeint.

c) Der Testator müsse namentlich und speciell die Veräußerung verboten haben. Allein das erste Argument ist sehr gewagt, weil man gar nicht sehen kann, warum das Universalfideicommiß nicht denselben Schutz verdiene, wie das Singularfideicommiß, das andere Argument ist mehr als gewagt, weil Justinian schon im Eingange seiner Constitution sagt, daß er früher die hypothecaria gegeben habe, und jetzt noch mehr thun wolle: das dritte Argument spricht uns nach dem Geiste aller Mittelmeinungen eigentlich mehr zu, als es gegen uns ist.

§. 689.

5) Von der praestatio culpae.

Der Fiduciar ist in der Zeit von der hereditas adita bis zu der Restitution nach altem Rechte Eigenthümer und nach neuerem Rechte nicht gerade ein solcher, der als procurator rei alienae verfährt: er ist besser noch als der Vormund, der über die Sachen seines Mündels quasi dominus handelt: er ist vom Testator aufgestellter Mittelsmann auch im neuesten Systeme, und daher nur sich selbst verantwortlich: er haftet daher nur mit culpa lata: nicht weniger wie seine Erben [1]). Einige haben freilich Zweifel erhoben, ob der Fideicommissar nicht beweisen könne, der Fiduciar

---

1) l. 22. §. 3. D. 36. 1. Meine Zeitschr. II. Bd. S. 49.

habe mit den Fideicommißgütern schlechter, wie mit den seinigen gehandelt: allein in einem solchen concreten Falle beweißt diese Ansicht gerade, daß man dem Fiduciar eine Art von culpa lata vorwirft.

§. 690.

6) Von den Wirkungen auf die Erbschaftsgläubiger und Legatare.

Vor der Restitution können sich diese Betheiligten immer an den Fiduciar halten, welcher jedoch hier besondere Administrationsrücksichten auch mit Besorgung desjenigen zu beobachten hat, was von uns schon oben in der Lehre von Früchten und Zinsen vorgetragen ist. Der Fiduciar wird nach Umständen zahlen, und das Bezahlte bei der Restitution in Abrechnung bringen; er wird es, wenn der Gläubiger nicht außerordentlich drängt, verschieben: die Gefahr, welche dem Fideicommissar droht, geht auch nur darauf, daß er expost Zinsen zahlen muß: mit der Restitution aber muß der Gläubiger an den Fideicommissar sich halten, kann mit der exceptio doli abgewiesen werden [1]), und gegen die Schuldner kann der Fiduciar nicht mehr auftreten und ist nöthigenfalls diesen wie ein unrechtlicher Einfoderer verantwortlich [2]).

Im Verhältnisse zu den Legatarien kam es vor Justinian darauf an, ob der Fiduciar ex SCto Pegasiano oder Trebellianico restituirte, und ganz unklug sind hier einige Stellen in den Pandecten vermischt [3]): jetzt entscheidet na-

---

1) I. 1. §. 4. l. 27. §. 7. D. 36. 1. l. 2. Cod. h. t. (6, 49.)

2) Ueber das forum, mein Buch I. S. 216.

3) l. 1. § 17. 20. 21. D. 36. 1. sprechen von der restitutio ex SCto Trebell. — l. 2. i. f. l. 3. §. 2. D. eod. von der Restitution ex SCto Pegas.

türlich allein der Standpunkt des SC. Trebell., und daraus resultirt:

a) Wenn der Fiduciar eine Quote von der Hinterlassenschaft behält, so trägt er wohl darnach zur Bezahlung der Legate bei; denn er ist insoweit Miterbe, und hätte er, der Fiduciar, nur den vierten Theil, so kömmt es darauf an, ob der Testator den Abzug des falcidischen Rechts verboten hat, wo dann im Zweifel der Fideicommissar zahlen muß[1]), soferne das Verbot nicht ausdrücklich auch auf den Fiduciar ausgedehnt ist, oder ob ein solches Verbot nicht existirt[2]), wo vielleicht die Legatare dem Fiduciar gegenüber die diesen treffende vierte Beitragsquote mehr oder weniger entbehren müssen[3]). Nur ist zweifelhaft, ob auch nicht hier der Fideicommissar wieder eintreten muß (l. 63. cit.) wenn der Fiduciar zu viel hinausgegeben hat.

b) Wenn aber der Fiduciar die ganze Erbschaft hinausgiebt, sollte er auch einzelne Sachen als Prälegat behalten, so muß der Fideicommissar den Legataren gegenüber gänzlich eintreten.

§. 691.

Von den Singularvermächtnissen im Allgemeinen.

a) Object.

Wenn die veräußerte Sache nicht in commercio des Legatars ist, und wenn zugleich diese nicht einmal dem Testator gehört, so hat der letzte offenbar nichts weiter im Sinne, als den Werth der Sache, welcher bezahlt werden muß[4]).

---

1) l. 63. §. 3. D. 36. 1.

2) Freilich ist hier zu ermessen, ob im Sinne des Testators nur eine Erbschaft da ist, oder nicht, denn die Ausdehnung durch die Jurisprudenz des SCti Pegasiani ist hieher keineswegs gemacht.

3) Neue Berechnungen liefert Schweppe in der Ausgabe von Meier V. Bd. S. 409 ff. Mein Buch II. S. 219 ff.

4) l. 40. D. 30.

Wenn aber die Sache dem Testator oder dem Erben gehört, so kömmt Alles darauf an, ob die Unfähigkeit der Erwerbung im jure publico liegt, oder ob eine physische oder moralische Eigenschaft rein privatrechtlicher Natur eintrit, denn im ersten Falle braucht nicht einmal der Werth bezahlt zu werden, im andern Falle aber ist der Werth zu geben. So sind einzelne Stellen zu vereinigen [1]).

§. 692.

b) Subject.

I. Der Anordnende muß hier ganz nach den Grundsätzen der testamentifactio beurtheilt werden. Zwar war in Beziehung auf die Fideicommisse Manches eigenthümlich: der deportatus, z. B. der kein Fideicommiß gültig hinterließ, konnte nach der Restitution durch eine einfache Bestättigung dieses gültig machen [2]). Aber unrichtig ist es, daß, wenn Jemand ein Intestatcodicill zur Zeit der Unfähigkeit gemacht habe, mit der Erlangung der Fähigkeit dieses gleichsam gültig werde. Also geht unsre Lehre einfach dahin, daß, wenn Jemand die Fähigkeit erlange, er eine neue Anordnung auch der Legate wegen mache [3]).

II. Der Onerirte, auch der Donatar, Capient, kann nicht weiter beschwert werden, als er honorirt ist, jedoch werden auch die bis zum dies cedens und veniens erlangten Früchte eingerechnet [4]). Nur der Pupillarsubstitut wird hier etwas strenger gehalten [5]).

---

1) l. 49. §. 2. D. 31. l. 114. §. 5. D. 30. Glück (Jo. Carl Chr.) ad fragm. Julii Pauli, l. 49. §. 2. cit. Erlang. 1817. Mein Buch I. S. 225 ff.

2) Dieses nimmt jetzt noch Mühlenbruch §. 732. als ein privilegium, welches nach der Exäquation der Legate und Fideicommisse noch gelte, an: aber mit Unrecht: denn dies ist ein reines Verhältniß alter aufgehobener Form und nicht der Sache.

3) Mein Buch I. S. 236.

4) l. 114. §. 3. D. 30. l. 70. §. 1. 2. D. 31.

5) l. 19. §. 1. D. 30. l. 103. pr. D. 31. Westphal I.

III. Der Honorirte muß in der Fähigkeit auch hier dem Erben gleich stehen.

§. 693.

Vom Prälegat [1]).

Man muß vorerst zwei Hauptfälle unterscheiden:

a) Wenn die Miterben nominatim angewiesen sind, einem andern Miterben ein praecipuum zu bezahlen.

b) Den eigenthümlichen Fall des Prälegats, wo das Legat sämmtlichen Erben, also auch dem Prälegatar aufgelegt ist.

In dem ersten Fall ist ein ganz einfaches Legat vorhanden, allein der damit honorirte Miterbe kann es auch in seine Erbtheilungsklage ziehen.

Ueber das Rechtsprincip des zweiten Falles giebt es drei Theorien:

1) Die Ansicht der Glosse, welcher auch Cujacius und Donellus beigetreten sind; das Prälegat sey ein bedingtes Legat, nämlich es sey eine juris oder tacita conditio, daß es in seiner Totalität nur gelte, wenn der Prälegatar nicht Erbe werde, sondern rein die Eigenschaft des Legatars verfolge [2]).

2) Die Ansicht von Pfeiffer und v. der Pfordten, das Prälegat sey keineswegs bedingt, aber wenn der Prälegatar die Erbschaft antrete, so finde auf einen Theil desse-

---

§§. 100. 101. Ueber den vulgaris substitutus, mein Buch I. S. 245.

1) Duarenus in opp. de legatis et fideicomm. Nieto im VII. Bd. des Meerman. thesaur. Hert in opusc. tom. III. Pfeiffer diss. Marb. 1798. v. d. Pfordten, Erl. 1832. Mein Buch I. S. 251 ff.

2) Dagegen Duaren, Nieto und die Neueren, nur ist Nieto selbst auf eine ganz falsche Ansicht gerathen, mein Buch I. S. 256., er denkt sich nämlich ein eigentliches Prälegat und ein besonderes Legat für den Erben.

ben, d. h. auf denjenigen, welchen er sich selbst bezahlen müsse, die Confusion statt, d. h. das Legat wird als solches insoweit vernichtet, als der Prälegatar es sich selbst zahlen müßte, wobei natürlich von der Größe des Erbtheils nichts abhängt. Eine reine Confusion ist dies freilich nicht.

3) Unsre Ansicht, wornach das Legat von Anfang an soweit ungültig bestellt ist, als der Erbe es sich selber zahlen müßte, er also nur soviel Legat hat, als die andern Miterben ihm zu zahlen schuldig sind, wogegen sein Erbtheil unangegriffen bleibt. Würde der Bedachte aber nicht Erbe, dann liegt in der angedeuteten Quantität die demonstratio seines Legats, und diese kann sowohl durch actiones als exceptiones und replicae geltend gemacht werden. Mit dieser Ansicht sind nicht nur folgende Stellen im Einklang l. 118. pr. §. 1. D. 30. l. 34. §. 1. D. 31. l. 18. §. 2. D. 34. 9., sondern auch das im folgenden §. entwickelte Accrescenzrecht hat nur durch diese Theorie, wo ein Theil des Legats ursprünglich ungültig ist, seinen sichern Grund; ja die l. 75. §. 1. D. 31. wäre außerdem absolut unerklärlich: denn es heißt hier, daß derjenige Theil des Prälegats, welchen der Prälegatar sich selbst auszahlen müsse, auch dann ungültig sey, wenn der Prälegatar vor der Erbschaftsantretung sterbe, während nach der ersten und zweiten Ansicht, wo das Legat vom Anfange an gültig, und daher transmissibel ist, es in unserm Falle nach seiner ganzen Totalität übergehen müßte.

Auch einem heres ex asse kann ein Prälegat zugewendet werden, aber es gilt nur als Fideicommiß, d. h. daß, wenn die Codicillarclausel gemacht wäre, die Intestaterben das Legat dem heres ex asse ausbezahlen müßten[1]): außerdem aber besteht zwischen dem Prälegat und dem als

---

1) Mein Buch II. S. 256. 257.

Fideicommiß hinterlassenen praecipuum kein Unterschied mehr [1]).

§. 694.

Anwendung des Principes auf einzelne Fälle.

Drei Sätze sind hiernach entscheidend:

a) Die Miterben bezahlen das Prälegat pro parte hereditaria.

b) Die am Prälegate Berechtigten theilen pro parte virili.

c) Was jeder Miterbe sich selbst zahlen muß, ist ungültig, und accrescirt dem andern Präcollegatar [2]).

Einzelne Beispiele werden dies klar machen:

1) A sey Erbe auf $^1/_{12}$, B auf $^{11}/_{12}$. Vom Prälegat bekömmt der A $^{11}/_{12}$, der B $^1/_{12}$ [3]).

2) A sey Erbe auf $^3/_{12}$, B auf $^6/_{12}$, C auf $^3/_{12}$. Alle drei sollen das Mobiliare, welches um 3600 fl. verkauft wird, zum Voraus haben. Hier bekömmt A und C 1350 fl., also beide zusammen 2700 fl. und der B 900 fl.

3) A sey Erbe auf $^2/_{12}$, B auf $^4/_{12}$, C auf $^6/_{12}$. A und A sollen 4800 fl. zum Voraus haben, hier bekömmt der A 2800 fl., der B 2000 fl.

Nun ist noch anzuführen, daß Alles dasjenige, was in der hereditaria portio des Prälegatars zurückbleibt, immer als Erbtheil gilt, z. B. in dem einfachen Falle, wo der A von einem Vermögen von 30,000 fl. 3000 fl. Prälegat haben soll, und sein Erbtheil 10,000 fl. ist, so folgt, daß die 10,000 fl. sowohl für die Transmission, als für die Berech-

---

1) A. a. O. S. 270. Ob der Fiscus, der in bona vacantia eintrit, das Prälegat zu bezahlen schuldig sey?

2) Oft hat man angenommen, der Theil, welchen der Prälegatar sich selbst zahlen müsse, sey Erbtheil; allein dies ist durchaus falsch, und kann nur in concreto einmal so erscheinen.

3) l. 34. §. 12. D. 30.

nung der Falcidia von Bedeutung sind. Aber die ganzen 3000 fl. werden in den Pflichttheil eingerechnet, und von den ganzen 3000 fl. Nichts conferirt.

§. 695.

Uebrige Sätze von dem Prälegat.

I. Fällt das Testament, in welchem ein Prälegat hinterlassen ist, nicht ganz, sondern nur theilweise zusammen, so ist Folgendes zu bemerken:

a) Bei der b. pio contra tabulas wird das Prälegat nur erhalten, wenn der Prälegatar eine persona conjuncta ist, und selbst nicht b. pionem contra tabulas sucht [1]).

b) Bei der querela inofficiosi testamenti geht das Prälegat soweit unter, als es von dem ausgestoßenen Erben zu bezahlen war [2]).

c) Bei dem Rechtsmittel aus der Nov. 115. wird das ganze Prälegat erhalten.

II. Die bei der Erbeinsetzung gestellte Bedingung geht ohne alle Erklärung noch auf den Erwerber des Prälegats, selbst wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hätte [3]); aber wäre dem Prälegatar Jemand als Erbe substituirt, so gilt diese Substitution nicht für das Prälegat [4]).

§. 696.

Von der Anordnung der Singularvermächtnisse.

I. Offenbar ist hier einiger Blick auf die Institutionsform des älteren Rechts zu werfen. Die natürlichste Legatsform, weil sie die eigene Sache des Testators voraus-

---

1) l. 1. D. 37. 5.
2) l. 15. §. 2. l. 24. D. 5. 2. l. 76. pr. D. 31. l. 13. Cod. 3. 28.
3) Immerhin ist aber hier einige Richtung auf den Inhalt der Bedingung selbst nöthig.
4) l. 18. §. 1. D. 28. 7. siehe jedoch mein Buch I. S. 272.

setzt, ist die per vindicationem. Merkwürdig ist, daß dann die Sache ipso jure auf den Legatar übergeht, und nur die Frage bestand[1]), ob der Legatar Wissen haben müsse, oder nicht, was dann bedeutend wurde, wenn die Sache bedingt hinterlassen ist, wo doch gewiß das Wissen des Legatars besonders qualificirt seyn müßte[2]). Offenbar das Einfachste wäre, einen reinen Uebergang auf den Legatar etwa so anzunehmen, als wenn die Sache nur eine Secunde in des Erben Eigenthum gestanden hätte. Die vortheilhafteste Legatsform war die per damnationem, wo im Wege der Obligationen alle möglichen Zuwendungen sowohl an Sachen des Erben oder eines Dritten, und in den verschiedensten Richtungen des Rechts geschehen konnten[3]). Allerdings lag dann etwas in der Form und in der Art der gebrauchten Rechtsmittel, wie bei dem legatum sinendi modo[4]) und bei dem Präceptionslegat, welches Letztre doch im Ganzen nur das persönliche Mittel der Erbtheilungsklage gab.

Bei diesen Legatsformen waren einige Umstände von untergeordneter Richtung, nämlich

1) das Accrescenzrecht, welches bis zur Lex Julia et P. P. nur bei dem Vindicationsrecht statt fand, wo die Solidarität im Objecte hervortrat.

2) Das Wahlrecht, welches nicht nur bei dem Vindicationslegate der Legatar schon deshalb hatte, weil es ipso jure auf ihn überging, wobei denn freilich ein Wissen desselben nothwendig war, welches Wahlrecht aber auch sonst begründet war, wie bei dem legato sinendi modo, oder soferne es auch nur stillschweigend überlassen wurde[5]).

---

1) Schon unter den römischen Juristen.
2) Gajus II. §. 195. 200.
3) Facito, l. 73. D. 30.
4) Auch auf den Gegenstand kam es an, mein Buch I. S. 292. Gajus II. §. 213. 214.
5) Mein Buch I. S. 294. in der Note.

II. Unter Justinian war nun fast Alles geändert. Die äußeren Formalitäten der Legate waren aufgehoben, aber keineswegs das Wesen der Anordnung selbst, d. h. die Absicht des Testators nach dem Objecte und Rechte des Legatars. Dabei war der Grundsatz, es solle aus den früheren wohl unterschiedenen Grundsätzen dasjenige angenommen werden, was dem Legatare am günstigsten sey. Daraus folgt:

1) Daß auf die äußere Einsetzungsform gar nichts ankömmt.

2) Daß das Accrescenzrecht nach den neueren Ansichten des Kaisers regulirt ist, wie schon oben dargestellt wurde.

3) Daß jetzt überall der Legatar wählen kann, einestheils schon deshalb, weil dieses früher nicht blos bei dem legatum vindicationis, sondern auch in andern Beziehungen, wo das Interesse des Legatars angeregt war, der Fall war, anderntheils, weil, wenn auch bei den Obligationen der Schuldner der Wählende ist, gerade hier der Vermächtnißnehmer begünstigt seyn soll, indem nicht nur der Unterschied der Legate zu den Fideicommissen aufgehoben ist[1]), sondern auch die 4 Legatsformen gerade in dem Sinne aufgehoben sind, um die Gunst der einen Form für den Legatar zu erhalten, der überhaupt dadurch dem Erben gegenüber besonders berechtigt werden soll. Jedoch versteht sich, daß der Testator seinen Willen selbst bestimmen kann, wie auch früher: aber daraus ergibt sich nur, daß zuerst des Testators ausdrücklicher Wille entscheidet, außerdem aber nicht mehr die blose Interpretation des Willens, wie bei den Fideicommissen im Allgemeinen, sondern der dem Legatar günstige Satz der Wahl. Der Legatar hat dem Erben gegen-

---

1) Hievon geht Franke aus in seiner observ. de legat. et fideicom. sect. I. pag. 14. Nach Franke hätte Justinian nichts thun sollen, als die Legate zu Fideicommissen machen.

über ein Vorrecht, welches wie bei dem beneficio principis auf das liberalste interpretirt werden muß [1]).

4) Anders steht die Sache, wo gar Nichts auf den alten Formunterschied ankömmt, sondern blos die genaue und deutliche Erklärung des Anordners entscheidet. Wenn nämlich Jemand dem Einen eine Sache und dem Andern den Nießbrauch vermacht hat, so weiß man nicht, wie die Einsetzung zu nehmen ist: denn an und für sich wird der Eigenthümer das Eigenthum für sich, und die Sache selbst in communione ususfructus mit dem Andern haben, denn was dem Eigenthümer nicht ausdrücklich entzogen ist, darin concurrirt er mit dem Andern. Unser deutscher Sprachgebrauch läßt freilich gar oft darin, daß der Erste ausdrücklich nur auf das Eigenthum beschränkt ist, eine Entziehung des Niesbrauches finden; allein an sich bleibt der römische Rechtssatz doch natürlich, und es ist nur eine klare Entwickelung, wenn dem Eigenthümer der Usufructus ausdrücklich, sey es gerade mit diesen Worten oder doch sonst bestimmt, in der Einsetzung entzogen ist [2]).

Im Uebrigen ist es jetzt unbedenklich, daß die Einsetzung überall wie bei den Fideicommissen, d. h. stillschweigend und per consequentiam geschehen kann: z. B. wenn der Erbe angewiesen wird, von dem Erbschaftsschuldner nur die Hälfte der Schuld einzucassiren, so hat der Schuldner zugleich ein legatum liberationis auf die andere Hälfte [3]).

§. 697.

Folgen daraus.

1) Auf den Satz: ante heredis institutionem inutili-

---

1) §. 22. J. h. t.

2) Auch der usufructus geht ipso jure über, und eben deshalb muß er entweder in der Totalität zuerkannt seyn, oder es findet die Concurrenz statt.

3) l. 37. §. 4. D. 31.

ter antea legabatur[1]), kömmt jetzt Nichts mehr an, wie dies sonst ja auch bei den Fideicommissen der Fall war.

2) Auf den Satz: post mortem heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur[2]), kömmt wieder Nichts an, nur kann im ersten Falle der Legatar den Tod des Erben überleben müssen, und sein Legat ist daher ein bedingtes: im andern Falle aber köunen die Erben des Legatars das Vermächtniß einfodern, und das Legat ist daher kein bedingtes, sondern betagtes.

3) Wenn jetzt ohne äußere Form kein Vermächtniß hinterlassen werden kann, so fällt von dieser Seite freilich Alles weg, was sich auf die Institution der Fideicommisse bezieht[3]); aber bei einer mündlichen Anordnung vor Zeugen kann ein Vermächtniß auch durch einen wohlverständigen Wink hinterlassen werden[4]); ist aber die Form da, und auch die voluntas perfecta, z. B. daß nichts wesentlich von einer noch nicht ausgesprochenen Bedingung abhängig gemacht ist, so gilt zur Erklärung des Vermächtnisses Alles, was bei den Fideicommissen aufgestellt wurde.

§. 698.

Von der Anordnung mehrerer Vermächtnisse.

I. Zwei sind auf denselben Gegenstand eingesetzt: wenn hier nicht eine Anfeinanderfolge statt hat, wovon im nächsten §., so bekömmt der eine die Sache selbst, der Andere ihren Werth[5]). Der Onerirte hat hier die Wahl[6]). Geht

---

1) Gajus II. §. 231. §. 34. J. 2. 20., siehe auch Paulus S. R. lib. IV. tit. 6. §. 2. 3.

2) §. 35. J. 2. 20. siehe auch noch l. 79. D. 35. 1.

3) Einzelne Stellen davon kommen noch in den Pandecten vor, l. 39. §. 1. D. 32.

4) Mein Buch S. 306.

5) l. 114. §. 19. D. 30.

6) Wann findet Caution statt, arg. l. 8. §. 4. D. 31.

die Sache vor dem dies cedens unter, so findet auch das Legat des Werthes nicht statt [1]).

II. Auf denselben Gegenstand sind zwei von verschiedenen Testatoren eingesetzt, weil die Sache eine fremde seyn kann; hier ist das Legat ein doppeltes — keiner der Eingesetzten hat einen Vorzug — jeder der Onerirten kann den Werth bezahlen, wenn er die Sache nicht erwerben kann [2]).

III. Zwei sind auf denselben Gegenstand offenbar nebeneinander eingesetzt: hier trit der concursus ein, und sowohl bei der disjunctim als conjunctim geschehenen Einsetzung [3]).

§. 699.

Von der Substitution bei Vermächtnissen.

Diese hat nach dem Geiste bei den Vermächtnissen in einer doppelten Gestalt statt:

1) Daß Jemand substituirt wird, wenn der zuerst Eingesetzte das Vermächtniß nicht haben kann oder will.

2) Daß Jemand das Vermächtniß erhält, wenn der zuerst Eingesetzte dasselbe eine Zeit lang gehabt hat. Man kann daher den Ausdruck „substitutio“ [4]) wie er bei der Erbschaft vorkömmt, nicht recht gebrauchen, denn es liegt hier die Aufhebung des bisherigen Legats entweder auf das Ganze oder auf einen Theil vor, d. h. die revocatio des angeordneten Legates selbst, und darauf wird eine neue Bestellung bezweckt.

Die Römer nennen dieses „translatio“ und so leicht die ademtio geschieht, so schwierig ist die neue Bestellung. Oft muß, wie oben in dem zweiten Falle, der legatarius Cau-

---

1) l. 114. §. 19. cit. dasselbe könnte auch von Mehreren gelten.

2) l. 53. §. 2. D. 30.

3) l. 19. §. 2. D. 30. l. 88. §. 6. D. 31.

4) Siehe jedoch l. 50. pr. D. 30. l. 6. Cod. de legat.

tion stellen; sowie überhaupt der Erbe der Caution sich bedient, wenn er nicht weiß, ob in casu concreto der Translationsfall eingetreten sey, oder nicht [1]).

Am meisten kam diese Nachfolge bei den Fideicommissen vor, wo schon die Substitution ex ordine scripturae angenommen wurde, was bei der heutigen Form der Anordnung auch bei uns überall die Regel bildet [2]).

§. 700.

Ueber die materiellen Grundsätze bei den Vermächtnissen.

1) Certum judicium testantis.

A. Es versteht sich vor Allem, daß der Testator seinen Willen vollkommen ausgesprochen haben müsse; hatte er ihn von Bedingungen abhängig gemacht, so kömmt es darauf an, ob er diese nachzutragen gesonnen ist, wo auch ohne solche Nachtragung das judicium certum ist [3]), oder ob er seinen Vortrag nicht einmal grammaticalisch geendigt hat, wo das judicium sicherlich ungewiß und imperfect ist.

B. Der Testator kann wohl Etwas einem Andern auch so überlassen, daß er eine ausdrückliche Bedingung macht [4]), denn gerade in dieser Bedingung liegt dann der dies cedens vor. Daraus folgt dann nach römischem Rechte weiter, daß, wenn ein solcher arbitrator vor der Voll-

---

1) l. 8. §. 4. D. 31. siehe auch l. 3. §. 1. D. 34. 4. mein Buch I. S. 311.

2) l. 77. §. 32. D. 31. mein Buch II. S. 312 ff.

3) Der Fall ist auch der, wo der Testator einer Stiftung Geld zu einem bestimmten Zweck vermacht, den Zweck aber expost nicht angiebt, mein Buch I. S. 305., darauf bezieht sich auch die justinianische Constitution l. 8. Cod. 6. 25.

4) Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere l. 32. pr. D. 28. 5., sofort siehe l. 1. pr. D. 31.

ziehung der Bedingung stirbt, diese deficirt[1]). Wäre der Erbe der arbitrator, so kömmt es darauf an, ob der Gegenstand der Bedingung dem Erben gleichgültig ist, oder ob die Bedingung für ihn poenae nomine gestellt ist. Im ersten Falle ist das Legat ungültig, im anderen Falle wird die Bedingung seit Justinian zugelassen[2]). Wäre der Legatar selbst der arbitrator, so kömmt es darauf an, ob die Bedingung ein bestimmter Umstand sey, oder die allgemeine Ansicht: si voluerit. In der letzten Beziehung ist das Legat verloren, wenn der Legatar bei seinem Leben gar kein Zeichen seines Wollens gegeben hat, selbst bei den noch jetzt anzunehmenden Vindicationslegaten.

Was das canonische Recht in dieser Lehre gethan hat, ist immerhin noch zweifelhaft. Gewöhnlich wird der in ihm liegende germanische Geist verkannt, und so werden alle Singularitäten blos für die Geistlichen angenommen[3]): allein in der That sollte im germanisch-mittelalterischen Geiste Alles in die treue Hand eines Andern gestellt werden — ohne Rücksicht auf Bedingungen —: Ebendeshalb ist jetzt ein solches Legat ein unbedingtes, und da vorausgesetzt i. e. rechtlich präsumirt wird, daß der Dritte (Seelwärter) das arbitrium übernehmen werde, so cedirte alsbald der dies, das Legat wurde und wird ohne weiters transmittirt, und, wenn der Dritte nicht arbitriren sollte, wozu er frei-

---

1) l. 52. D. 85. 1.

2) l. 64. §. 2. D. 30. §. 36. J. 2. 20.

3) Cap. 13. X. 3. 26. soll nur für die Geistlichen geschrieben seyn. Dies behauptet Glück XXXIII. Bd. seiner Pand. und jetzt wieder v. Savigny im III. Bande seiner Pandecten dieser allein auf eine hingeworfene Bemerkung Böhmer's zum Corp. juris sich berufend. Schrader in seinen Abhandl. 1808. 1. Bd. S. 71 ff. glaubt, durch die Aufnahme der Stelle im corp. jur. can. sey es dennoch allgemeines Recht auch für den Laien geworden, und wir glauben, daß das canonische Recht diesen altdeutschen Satz wirklich zum gemeinen erhoben hat, wozu noch kömmt, daß er an sich auf die Geistlichen am wenigsten gehen konnte, weil diese lege Romana lebten, mein Buch I. S. 319 ff.

lich nicht gezwungen werden kann, so kömmt Alles darauf an, ob nicht ein Präjudiz gesetzt werden kann. Justinian nämlich hat schon verfügt [1]), daß wenn Jemand bei dem Legate in genere oder alternativo nicht wählt, der Legatar wählen solle, ohne daß dieser das Beste wähle. Aehnliches kann auch im Geiste des canonischen Rechtes angenommen werden, und nur wo dieses durchaus nicht möglich seyn sollte, fällt das Legat erst expost zusammen (extinguitur). —

§. 701.

2) Certa persona.

Eine incerta persona war

1) der zur Zeit der Testamentserrichtung — oder vor der regula Catoniana zur Zeit der Erwerbung noch nicht Geborne: allein dies Alles ist verändert, denn abgesehen von dem postumis suis konnte auch ein postumus alienus die b. pio erhalten und ist erbfähig, und vermächtnißfähig, wenn nicht der Testator selbst diese Person incerta opinione animo suo subjiciebat [2]).

2) Die collegia — aber allmählig bekamen viele derselben Privilegien [3]).

3) Die Stiftungen und wohlthätigen Anstalten wurden oft auch hieher gerechnet; allein nach unsrer Ansicht beziehen sich dieselben auf gewisse andere Personen, und soferne diese erbfähig sind, sind es auch jene Stiftungen und wohlthätigen Anstalten [4]).

4) Die Armen eines Ortes, allein diese sind deshalb certae, weil die oeconomi und jetzt andere Betheiligte die certitudo amtspflichtig herstellen müssen.

---

1) l. 3. §. 1. Cod. 6. 43.

2) Mein Buch I. S. 322.

3) l. 8. Cod. 6. 24. §. 27. J. 2. 20. l. 20. D. 34. 5. l. 12. Cod. 24. Vinnius. Heineccius. Schrader ad §. 25. 27. J. cit.

4) Viele haben andere Meinungen, z. B. Mühlenbruch rechtl. Beurth. des Städel'schen Falles. Halle 1828.

5) Einzelne Personen sind immer incertae, wenn der Testator eine specielle Ansicht des Individuums gar nicht haben konnte, z. B. die Dame, welche mein Sohn einst heirathen wird [1]). Allein wird in dieser Hinsicht eine certa demonstratio gebraucht, so ändert sich Alles (si ex certis personis incertae personae aliquid legatur) [2]).

Endlich ist gewiß, daß, wenn der Erbe einer persona incerta ein Legat bezahlt hatte, und zwar aus Irrthum, eine Rückfoderung nicht statt fand, und zwar wahrscheinlich aus alten — mehr prozessualischen — Gründen.

Ein unrichtig gebrauchter Name aber macht die persona nicht zur incerta [3]).

§. 702.

3) Certa res.

Es handelt sich natürlich hier nicht von bedingten oder erst in der Zukunft erkennbaren Sachen, die überall nach den Grundsätzen der conditio zu bestimmen sind, sondern lediglich von der Beschreibung bestehender Sachen [4]). Eine unrichtige [5]) Bedingung macht das Legat ungültig, eine unrichtige Beschreibung nicht [6]). Ist der Wille des Testators in Hinsicht auf die Sache gewiß, so thut zu wenig oder zu viel Nichts bei der Beschreibung [7]). Aber was Beschreibung sey, ist doch sehr zweifelhaft, oft wird sie zur conditio

---

1) §. 25. J. 2. 20.

2) §. 25. cit. l. 5. pr. D. 34. 5. schon immer unter der Form des Fideicommisses: auch bei der conditio implenda l. 3. D. eod.

3) §. 29. J. h. t. l. 33. §. 1. D. 35. 1.

4) l. 34. §. 1. D. 35. 1. Inter demonstrationem et conditionem hoc interest, quod demonstratio plerumque factam rem ostendit, conditio futuram.

5) Mit Recht falsa.

6) l. 75. §. 2. D. 30.

7) l. 1. §. 8. D. 33. 4.

wie z. B. die Quantität bei dem legato debiti, wovon unten. Alles geht hier auf eine entsprechende Interpretation hinaus [1])

§. 703.

4) Certa causa.

Eine falsa causa schadet so wenig, wie eine falsa demonstratio [2]). Die Simulirung bei letztwilligen actus ist das in menschlichen Verhältnissen am leichtesten zu ertragende, weil der speculirende Mensch im Tode und des Todes wegen nicht anders ist, wie im Leben [3]). Freilich kann aber auch hier die causa zur conditio erhoben werden, und kraft Rechtens steht dieses fest, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Testator bei der näheren Kenntniß der Sache die Anordnung nicht gemacht hätte. Es ist dieses aber nicht Betrug oder sonst die von einem dritten geäußerte Unlauterkeit, sondern es kann auch ein bloßer Irrthum seyn [4]). Denn die exceptio doli geht oft auf beide Richtungen, ohne daß man im Einzelnen Irrthum und Betrug genau zu unterscheiden hätte [5]). Namentlich war der Irrthum in der causa auch schon unter den Legaten vielleicht vernichtend, während der dolus nach den gewöhnlichen Grundsätzen der stricti juris negotia hier beurtheilt wurde, selbst bei den Fideicommissen [6]).

---

1) l. 69. §. 4. D. 23. 3. §. 4. J. 2. 20.

2) l. 17. §. 2. D. 35. 1.

3) Im beßten Falle ist es eine überflüssige demonstratio selbst.

4) l. 72. §. 6. D. 35. 1.

5) Vom Betruge, Zwang u. s. w. war schon oben bei der Erbeinsetzung die Rede.

6) Wichtig wegen der Folgen des Zurückbleibens in der Erbschaft — und der Unwürdigkeit.

§. 704.

Erklärung des Legatars.

a. Ohne Beschränkung durch das Gesetz.

I. Dies cedit. Die Erklärung, welche der Legatar vor dem **dies cedens** giebt, macht ihn nicht verbindlich [1]). Bei den unbedingten Vermächtnissen jetzt wo nichts mehr auf die l. Julia et P. P. ankömmt, wird immer auf den Todestag des Erblassers gesehen [2]); bei den bedingten Vermächtnissen aber, die hier im engsten Sinne auf die erlaubten casuellen und potestativen Bedingungen zu beziehen sind, hängt Alles von der Bedingung ab, doch ist das Vermächtniß eines bedingten Rechts kein bedingtes Vermächtniß [3]). Wenn der Vermächtnißnehmer vor dem **dies cedens** stirbt, so ist das Legat verloren: wird er vor diesem Tag **incapax** so wird es nur **interim** verloren, denn wenn er wieder zu der Fähigkeit kömmt, so lebt das Legat wieder auf [4]).

Die Erklärung, die der Legatar auch nach dem **dies cedens** aber **ante diem venientem** gibt, macht ihn ebenfalls nicht verbindlich [5]), denn wenn die Römer, wie bei dem Erbrechte ein **deferirtes** Legat unterscheiden wollten, so thaten sie dieses nicht nach dem **dies cedens**, sondern nach dem **dies veniens** [6]), wobei nur zu bemerken ist, daß allein bei den bedingten Legaten der **dies cedens** und **veniens** in einem Momente zusammentrifft.

---

1) l. 174. §. 1. D. 50, 17. daher auch seine Klage **ante diem cedentem** ohne alle Folge ist. l. 1. §. 4. D. 7. 3.

2) l. 28. D. 36. 2.

3) **Mein** Buch I. S. 464 — 466. Ueber das **legatum libertatis, servo relictum, patri relictum, ususfructus mein** Buch S. 467 — 469. Ueber das arbitrium bei Legaten 470. über das Prälegat 471.

4) l. 59. §. 1. D. 35. 1.

5) l. 45. §. 1. D. 31.

6) **Pertinet ad nos, antequam dies veniat vel conditio existat Cujacius tom. VII. pag. 1173.**

Indessen mit dem dies cedens geht das Legat auf die Erben des Legatars über [1]).

II. Dies venit. Voraus wird gesetzt, daß der Vermächtnißnehmer das Legar ungetheilt annehme, d. h. er kann Emolument und Last nicht theilen, er kann das Vermächtniß selbst nicht theilen, auch bei mehreren Legaten darf der Vermächtnißnehmer nicht theilen, wenn er blos das unbeschwerte annehmen, das beschwerte aber ausschlagen wollte [2]).

Hätte der Testator dem Vermächtnißnehmer eine besondre Freiheit der Erwerbung gelassen (instituere sub cretione) so kann sich derselbe auch ein spatium deliberandi erbitten [3]).

§. 705.

Einzelne Rechte und Pflichten mit dem dies veniens.

1) Wenn eine körperliche dem Testator eigene Sache Gegenstand des Legats ist, so kann nicht vor dem Antrit der Erbschaft geklagt werden, aber das Legat richtet sich hier keineswegs nach dem Zustande der Sache zu dieser Zeit, denn die Sache gehört dem Legatar a die mortis oder der eingetretenen Bedingung [4]). Namentlich ist dieses der Fall außer den Früchten bei den accessionibus und deteriorationibus rei, nicht minder mit den Meliorationen, auf welche der Erbe einen Anspruch hat [5]). Wie es nun aber mit den Accessionen und Deteriorationen von der Zeit des Vermächtnisses

---

1) Mein Buch I. S. 476.

2) l. 5. §. 1. D. 31.

3) l. 65. §. 1. D. 30. l. 50. D. 35. 1.

4) Auch der Früchte sogar wegen mein Buch I. S. 480. Note 1. 2.

5) necessariae l. 61. D. 30. Cujacius IV. pag. 1203. VII. pag. 1048.

bis zu dem dies cedens sey, hängt von allerlei Umständen ab [1]).

2) Wenn der Onerirte durch eine actio personalis angehalten wird, entweder, weil er nach der Anordnung dazu verbunden ist, oder weil der körperliche Gegenstand nicht gegeben werden kann, dann treten die allgemeinen Grundsätze der Obligationen, namentlich der mora ein; nur sollte der Onerirte, wenn ein übermäßiger Aufwand nöthig seyn würde, besonders in der aestimatio rei, zuerst bei den Fideicommissen und später auch allgemein etwas günstiger gehalten werden [2]).

3) Die Sache muß bei einem puren Vermächtnisse da verschafft werden, wo der Testator stirbt oder wo die Sache ist — namentlich das letzte bei einem bedingten Legate, jedenfalls aber muß der Honorirte zufrieden seyn, wenn der Onerirte sie ihm da ausliefern will, wo der Honorirte klagt. Würde der Honorirte sonst Schaden leiden; so kömmt es lediglich darauf an, ob der Onerirte durch seinen dolus Schuld hat [3]). Was die Zeit betrifft, so ist jetzt nur noch anzuführen, daß der Onerirte sowohl wegen der Früchte als possesor wie auch mit der persönlichen Klage haftet, also treten im Allgemeinen die Grundsätze der mora ein [4]), namentlich der mora ex re bei den Stiftungen. Es kömmt dann auf den Unterschied des bonae und malae fidei possessor nicht an [5]). Also hat der bonae fidei possessor nach der Litiscontestation Früchte und Zinsen zu erstatten, auch wenn er bona fide sein vermeintes Recht vertheidigt. Nur dann werden keine Interessen der mora geleistet, wenn we-

---

1) Mein Buch I. S. 484.

2) l. 11. §. 17. l. 71. §. 5. D. 30. mein Buch I. S. 487.

3) l. 47. pr. §. 1. D. 30. mein Buch I. S. 488. Note 1.

4) Ursprünglich war freilich ein Unterschied zwischen den Legaten und Fideicommissen. Gajus II. §. 280.

5) Accursius in der glossa ad l. 4. Cod. 6. 47. Bartolus ad h. t. Faber error. dec. 11. err. 2.

gen der Unbestimmtheit und Illiquidät des Objects der ganze Prozeß gerade darum sich dreht [1]). Aber davon, daß die Römer oft mit der sententia die Früchte und Zinsen einstellten, weil jetzt ein neuer Prozeß der res judicata anging, ist nichts abhängig zu machen [2]).

4) Der Onerirte ist gehalten, die Sache zu prästiren, und kömmt dadurch nicht los, das er unter entschuldbaren Umständen genöthigt war, darüber zu verfügen oder die Sache oder deren Surrogat zu verlieren. Gesetzt es wäre auf ein Recht ein Legat gelegt, aber keineswegs gesagt, daß das Legat nur dieses Rechtes wegen constituirt sey, so muß der Erwerber des Rechts, auch wenn er es verlöre z. B. bei bürgerlichen Umwandlungen dennoch das Legat bezahlen, es hängt dieses aber keineswegs mit der culpa zusammen, sondern damit, daß auch eine fremde Sache zum Gegenstande des Legats hätte gemacht werden können [3]). Im Uebrigen muß der Onerirte alle culpa und diligentia vertreten, weil er mit dem Legatar gleiche Vortheile genießt. Ob dieses eben so da sey, wo dem Erben die falcidische Quarte verboten ist, oder dem Singularsuccessor nichts übrig bleibt, weil er etwa ein ministerium leistet, ist zweifelhaft: allein wir sind für die Regel, weil durch solche Umstände die allgemeine Pflicht des Erben oder Onerirten nicht verändert wird, und ohnedies der minister wie ein Mandatar haftet [4]).

---

1) l. 89. §. 1. D. 35. 2. l. 3. pr. D. 22. 1. Thibaut im Archiv IX. Bd. S. 88. ff.

2) A. M. Cujacius tom. III. pag. 857. tom. IV. pag. 571.

3) S. l. 112. §. 1. D. 30. l. 55. §. 7. D. eod. l. 66. §. 4. D. 31. S. Thibaut §. 910. drückt sich so aus: der Erbe haftet auch wegen schuldloser freier Handlungen. Allerdings hat Thibaut Recht, daß die Sache nicht durch sich selbst untergehen darf, sondern durch etwas, was sich auf das Eigenthum des Erben in einer Art freiwilligen Ereignisses bezieht, was aber nicht gerade von ihm ausgehen muß.

4) A. M. hat Thibaut bei Braun II. Bd. S. 698.

5) Die hieher gehörigen Grundsätze über Evictionspflicht und Mängel bei vermachten Sachen richten sich nach allgemeinen Vorschriften In Hinsicht auf die species werden in speciellem Theile die nöthigen Bemerkungen vorkommen [1]): aber auch bei dem legatum in genere muß der Onerirte eine Sache verschaffen, die der Vermächtnißnehmer haben und behalten kann [2]).

§. 706.

b) Der Legatar muß sich der lex Falcidia unterwerfen [3]).

α. Geschichte.

Durch eine lex Furia war festgesetzt, daß nur gewisse Personen ausnahmsweise mehr als 1000 asses ohne Gefahr des vierfachen Ersatzes erhalten sollten. Nach der lex Voconia sollte kein Legatar mehr haben können, als einer von den Erben. Zuletzt ist mit Aufhebung dieser beiden Gesetze die lex Falcidia gegeben, wornach dem Erben 1/4 der reinen Hinterlassenschaft bleiben soll. Ursprünglich war dieses nur so bestimmt, daß bei mehreren Erben ohne Rücksicht auf ihre Beschwerung das ganze Viertel aus der Hinterlassenschaft gezogen werde, aber die Interpretation brachte es nicht nur dahin, daß für jeden einzelnen Erben nach der Art seiner Beschwerung die Quarte gefunden und frei gehalten wurde, sondern auch dahin, daß wenn ein Erbe mehrere Portionen zog, wieder in Berücksichtigung darauf und auf den besonderen Grund, warum er sie zog, entsprechende

---

1) Namentlich wegen des ususfructus und Pfandrechts §. 730.

2) l. 46. D. 30. l. 29. §. 3. D. 32. Glück im Commentar XX. Bd. §. 1119.

3) Goveanus ad h. t Duarenus in opp. pag. 552. sequ. Donellus ad tit. cod. ad leg. Falc. Husman Paradoxa ad l. F. (Otto thes. pag. 1673. seq. Oteyza et Olano Paralipom. lib. 4. c. 1 — 9. Meermann I. pag. 533. Voorda ad l. Falc. Traj. ad Rh. 1730.

Interpretationen gemacht wurden. Endlich ist merkwürdig, daß die lex Falcidia aus dem Gesichtspunkte der utilitas publica gegeben ist, und daß vor Justinian auf privatrechtlichem Wege ihre Folgen nicht beseitigt werden konnten, daß aber andre als Erben auf diese lex sich nicht berufen können, endlich daß der Todestag des Erblassers als der Zeitpunkt betrachtet werden soll, aus welchem die Anwendung der lex beurtheilt wird [1]). —

§. 707.

Natur der lex Falcidia.

I. Dieselbe wurde sehr natürlich auf die in einem Testamente bestätigten Fideicommisse angewendet, aber bald konnte auch der Intestaterbe davon Gebrauch machen [2]). So kam es denn, daß das SC. Pegasianum auch für die Universalfideicommisse die lex Falcidia anwendete. Auch auf die m. c. donationes und auf die donationes unter Eheleuten sollte die l. Ealcidia Anwendung haben, aber bei den letzteren nur, wo durch den Tod die allgemeine Confirmatio eintrit [3]). Auch auf die conditiones und den Erwerb durch dieselben geht die l. Falcidia [4]); sie hat also von diesem Standpunkte aus die ausgedehnteste Richtung ihrer Wirksamkeit.

II. Berechtigt ist auch der Testamentserbe, welcher ab intestato eintrit, der heres fideicommissarius, der Käufer der Hinterlassenschaft, der fiscus oder der, welcher an seine Stelle trit, der Vater, welcher für seinen Sohn antrit — also auch hier ist das Institut ganz ausgedehnt und

---

1) Mein Buch I. S. 521. ff.

2) l. 2. §. 2. D. 29. 7.

3) l. 12. Cod. 6. 50. quando fideicommissi partibus funguntur Glück XXVI. Bd. S. 103. mein Buch I. S. 526. — siehe jedoch l. 81. §. 2. D. 35. 2.

4) l. 18. Cod. 6. 30.

nur die Vermächtnißnehmer können bei weiteren Onerirungen wohl das ihnen Abgezogene weiter abziehen, aber keine andern Abzüge machen [1]).

§. 708.

Berechnung der quarta Falcidia eines Erben bei mehreren Erbtheilen. [2]).

Wenn an die Stelle eines einzigen Erben mehrere Substituten gerufen sind, so geht die Interpretation auch bei diesen dahin, daß jeder Substitut verlangen kann, einen Viertheil seiner Portion frei zu haben [3]).

Bei der Vereinigung mehrerer Erbtheile in der Person eines Erben ist vorerst wichtig, den Fall zu kennen, wo ein Erbe seinen Miterben beerbt, oder arrogirt, oder dessen Portion kauft, wo es sich schon selbst versteht, daß beide Portionen getrennt fort beurtheilt werden, wie wenn sie zweien verschiedenen Personen hinterlassen wären [4]).

In andern Fällen hängt Alles davon ab, ob der Testator aus seiner eigenen Verfügung heraus dem Erben verschiedene Theile gibt, wo an sich die Portionen als Eine betrachtet oder gar nur das Vermögen des Vaters bei der Pupillarsubstitution angesehen wird, oder ob es des vermittelnden Gesetzes bedarf, wo eine Trennung beider Theile statthat, aber doch manchmal so, daß der Ueberschuß der einen Portion in die Quart der andern eingerechnet wird. Dies stellt sich im Einzelnen so dar:

I. Wenn Jemand auf mehrere Portionen eingesetzt oder

---

1) Mein Buch I. S. 528. ff.

2) Mein Buch II. S. 530. §. 13. Steman bei Elvers Themis neue Zeitschrift N. I. v. der Pfordten in seinen Abhandlungen über Pand. Nr. I.

3) l. 80. pr. D. 35. 2.

4) l. 1. §. 15. l. 87. §. 4. D. 35. 2. l. 21. §. 1. l. 25. pr. D. eod. mein Buch S. 531. v. d. Pforten §. 12.

substituirt ist: hier werden unbedingt alle Portionen zusammengerechnet, und darnach der Legatsabzug bestimmt[1]). In dieser Beziehung erscheint auch die Substitution lediglich als eine bedingte Einsetzung[2]).

II. Die durch bloße Vulgarsubstitutionen entstandenen mehreren Portionen bilden ebenfalls nur einen Theil, doch soll in dem Falle, wo dem Institutus gewisse Legate nominatim auferlegt waren, und diese nicht speciell auf den Substitut übertragen wurden, diese Legate ebenso in Berechnung genommen werden können, wie wenn der Institutus sie selbst bezahlt hätte[3]).

Im Ganzen ist in diesen beiden Fällen der oben angedeutete erste Grundsatz anwendbar, eine kleine Variation des testatorischen Willens abgerechnet.

III. Bei der Pupillarsubstitution ist Vielerlei zu erwägen, denn

a) ist der impubes zum Erben eingesetzt und

α) nur ein einziger Pupillarsubstitut vorhanden, so daß eine Vermischung des Vermögens des Vaters und des Pupillen vorgeht, so hängt zunächst Alles davon ab, ob nicht dem Substituten besondre Legate auferlegt sind, oder ob solches eintrit. Im ersten Falle ist Alles klar, aber auch im zweiten Falle sollte eigentlich nur eine Falcidia berechnet werden, und dem Substituten wird erlaubt, die Legate des zweiten Testaments mit in die Zusammenrechnung zum ersten zu bringen: (si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset). Es wird nämlich angenommen, der Vater habe die Legate aus seinem Vermögen vermacht, sie werden also in das väterliche Ver-

---

1) l. 11. §. 7. D. 35. 2.

2) l. 11. §. 5. l. 87. §. 3. eod. mein Buch I. S. 531. v. d. Pfordten §. 3.

3) l. 1. §. 13. D. 35. 2. vergl. l. 81. §. 4. D. eod. mein Buch I. S. 532. v. d. Pforten §. 4.

mögen gebracht [1]), und darnach muß sich zeigen, ob die Quote begründet sey oder nicht [2]). Hätte der filius, welchem selbst Legate aufgelegt sind, seinerseits keine Quarte von dem väterlichen Vermögen abgezogen, so kann dies auch soweit der Substitut nicht thun: hatte aber der filius noch nichts bezahlt, so kann der Substitut nach der Regel verfahren.

Das Resultat ist, sämmtliche Legate werden in Beziehung auf das väterliche Vermögen genommen [3]).

β) Ob zwei oder mehrere Substituten vorhanden sind.

Hier gilt die angegebene Regel wohl auch; allein jeder Substitut faßt seine Portion allein in das Auge [4]). Daraus folgt denn auch, daß das Vermögen des Vaters im Momente seines Todes in Anschlag kömmt: und daß die Substituten wie Instituti angesehen werden.

b) Ist der impubes zum Erben eingesetzt, Jemand ihm als Miterbe gegeben, und dieser zugleich ihm pupillariter substituirt. Hier ist vor Allem zu unterscheiden, ob der impubes stirbt, bevor er selbst Erbe wird oder später. Im ersten Falle wird die ganze Erbschaft als eine Masse zusammengeworfen [5]) — andern Falls braucht er mit dem Ueberschusse seiner Portion den Mangel der Pupillarsubstitution nicht zu decken [6]); wenn [7]) die Portion des Institutus selbst aber überschwert, und die Pupillarsubstitution nicht über-

---

1) Sehr natürlich erscheint hier der oben angedeutete zweite Grundsatz.

2) Mein Buch I. S. 533. besonders v. der Pfordten S. 44. §. 6. eine der schwersten Stellen l. 11. §. 5. D. 35. 2.

3) v. d. Pforten S. 46.

4) l. 80. pr. D. 35. 2. l. 11. §. 6. D. eod. und l. 77. D. eod.

5) Der Substitut ist eigentlich Vulgarsubstitut l. 87. §. 4. D. 35. 2.

6) l. 11. §. 7. D. eod.

7) v. d. Pfordten S. 80. nennt dieses nach seinem Principe Billigkeitsansichten.

schwert ist, so muß der Ueberschuß der letztern in seine überschwerte Portion eingerechnet werden[1]): sind beide Portionen überschwert, so trit wieder eine Vereinigung ein[2]).

Das Princip ist, der Pupill die väterliche Erbschaft annehmend ist ein extraneus: außerdem wird entweder zusammengerechnet und zwar das Vermögen und die Legate, oder der Ueberschuß der nicht überschwerten Pupillarsubstitution wird zur Institution beigerechnet.

c) Ist der impubes enterbt, und der substitutus zugleich institutus, so ist gewiß, daß wenn die Legate in tabulis primis hinterlassen sind, nur das Vermögen des Vaters in Berechnung kömmt[3]): ob, wenn der Vater in tabulis secundis die Legate auflegte, eine Zusammenrechnung des väterlichen und Pupillarvermögens stattfinde, ist bestritten, denn obgleich die Glosse dafür spricht, so ist doch anzunehmen, der Vater habe die Legate aus seinem Vermögen gemacht[4]).

d) Wenn Jemand zweien unmündigen Brüdern vom Vater pupillariter substituirt ist, so kann er den in dem einen Testamente geordneten Legaten Nichts abziehen, wenn er aus dem andern Testamente ein Viertel des väterlichen Vermögens hat. Natürlich ist hier von Legaten, die dem Pupillen aufgelegt sind, die Rede. Wie es sey, wenn dem Substituten in dem einen Testamente ebenfalls Legate aufgelegt sind, ist nicht entschieden, v. d. Pfordten glaubt, daß es hier bei der angegebenen Trennung bleibe. Wären aber den Substituten in beiden Testamenten Legate auferlegt, dann findet eine Vereinigung beider Massen statt, auch wenn dem Pupillen selbst Legate aufgelegt wurden[5]). Da-

---

1) l. 87. §. 5. D. eod.

2) l. 87. §. 8. D. eod. Die Erklärung der l. 41. §. 5. D. 35. 2. ist sehr schwer.

3) l. 10. D. h. t.

4) l. 11. §. 8. D. eod. v. der Pfordten S. 70.

5) l. 14. §. 2. D. h. t. die ältere Meinung siehe bei v. der Pfordten §. 9.

bei ist nicht zu übersehen, daß nur das väterliche Vermögen in die Berechnung aufgenommen werden darf [1]), obgleich Einige auch das Vermögen des Pupillen in Betracht nehmen, welches erst später dazu gekommen ist.

Wenn der Vater nicht den beiden unmündigen Kindern, sondern nur demjenigen, welcher zuletzt sterben würde, einen Substituten gegeben hat, so versteht sich, daß, wenn auch der Substitut das ganze väterliche Vermögen zusammenhält, die Quarte doch nicht in Beziehung auf das ganze väterliche Vermögen, sondern nur für denjenigen Theil des Vermögens berechnet wird, welchen der zuletzt Sterbende vom Vater empfangen hat — denn dasjenige, was dieser ab intestato geerbt hat, kann nicht in Berechnung kommen [2]).

Sind aber beide Geschwister in einer gemeinsamen Gefahr gewaltsam um das Leben gekommen, so ist gewiß, daß die Substitution überhaupt eintrit, denn einer muß zuletzt gestorben seyn, weil man nicht weis, daß sie beide in demselben Momente gestorben sind [3]) — ebendeshalb aber wird hier das Vermögen vereinigt, wie wenn sie beide zu gleicher Zeit gestorben wären [4]), d. h. die Legatslast kann hier weder auf den einen noch andern Theil allein, sondern auf beide zusammenfallen [5]). Natürlich wird hier alles Vermögen in die Gemeinschaft geworfen [6]).

IV. Bei dem Accrescenzrechte trit das vermittelnde Gesetz ein. Es kann daher keineswegs dasselbe angenommen

---

1) Glosse.

2) l. 14. §. 3. D. eod. l. 42. D. 28. 6.

3) l. 9. pr. D. 34. 5.

4) Eigener Fall ex interpretatione.

5) Mein Buch I. S. 537.

6) Ueber die Frage, wenn ein im Testamente eingesetztes Kind b. p. contra tabulas agnoscirt, quia edictum per alium commissum est wie dann das Kind selbst, oder ein Pupillarsubstitut die Quarte berechnet v. der Pfordten §. 10. ein practisch sehr seltener Fall.

werden, was oben sub II. von der Vulgarsubstitution gelehrt worden ist, auch nicht der dort angegebene Vorbehalt [1]), denn das Accrescenzrecht ist nicht Folge des Willens des Testators, sondern eine besondre auch gegen den Willen des Testators eintretende Einrichtung. Daraus folgt, daß, wenn die anwachsende Portion überschwert ist, die Portionen getrennt werden müssen, d. h. die Quarte kann so abgezogen werden, wie wenn sie der austretende Erbe selbst hätte abziehen wollen [2]). Wenn aber die erste Portion überschwert, und die anwachsende keineswegs es ist, so hat man immer von einer Zusammenrechnung beider Portionen den Legaten gegenüber gesprochen; allein v. der Pfordten [3]) hat richtig gezeigt, daß die Sache nur so genommen werden mnß, daß der Ueberschuß der letzten Portion in die Quart der ersten eingerechnet werden muß, wodurch natürlich die Legatare gewinnen können.

V. Das Verhältniß, wenn Vater und Sohn oder Herr und Sklave zu Miterben ernannt sind, wird, ganz nach der eben sub IV. angegebenen Richtung beurtheilt [4]): aber es ist in dieser doppelten Hinsicht für uns unpractisch. —

§. 709.

Grundsätze der Berechnung der quarta Falcidia im Allgemeinen.

I. Rücksicht der Quarta Falcidia auf die Quarta Trebellianica. Wenn der Erbe im Allgemeinen ein Viertel verlangen kann, wenn der Fiduciar nach dem SCto Pegasiano ein Viertel verlangen kann, und dies ihm so erhal-

---

1) Carvalho de una et altera parte deducenda Col. Allobr. 1746. §. 76.

2) l. 78. D. 35. 2.

3) §. 1. 5.

4) l. 25. pr. l. 21. §. 1. D. h. t. v. der Pfordten §. 11.

ten ist, daß er dennoch dann nicht wie ein heres ex asse, sondern als coheres angesehen wird — (daher mit Recht quarta Trebellianica) wenn der Pflichttheilsberechtigte die legitima oder ursprünglich ¼, später mehr ansprechen kann, so führte im Grunde bei den Römern dieses Alles auf die lex Falcidia — dabei auf den concursus duarum lucrativarum causarum, und auf den Satz, daß dieser Vortheil nur einmal verlangt werden könne. Als aber die Glossatoren Martinus und Bulgarus hierüber miteinander in den Streit kamen, so entschied der Pabst, daß nach der Meinung des Martinus die Pflichttheilsberechtigten zuerst den Pflichttheil als eine Erbschaftsschuld abziehen, und darauf noch die Quarta legis Falcidiae berechnen dürften. Vom Fideicommisse aber ist Nichts gesagt [1]). Dennoch stritten sich auch in jener Sache die Gelehrten vom Neuen, nämlich darüber, ob die päbstliche Entscheidung nicht bloß für den Fall einer bedingten Einsetzung gelte, weil die gesetzlichen Texte einen solchen Fall im Auge hatten; allein es ist dies eine bloße Willkührlichkeit, und man sieht aus der decisio klar, daß der Pflichttheilserbe eine doppelte Qualität hat. Allein wäre der Pflichttheilsberechtigte zugleich Fiduciar, so würde doch nicht die dritte Qualität in Betracht kommen, denn wäre so etwas im Sinne des canonischen Rechtes auch möglich, so ist es doch eine Correction und ganz gegen den Geist und Sinn des geltenden römischen Rechtes.

Ob aber die Quarta Trebellianica nichts anders sey, als die Quarta Falcidia, ist oft mit Unrecht gefragt worden. Der Geschichte nach kommen beide aus derselben Quelle; allein die Interpretation der einzelnen Stellen hat wie überall im Systeme das Recht auf Schwierigkeiten geführt, und die Intention der Neueren, Alles nach Prin-

---

1) cap. 16. 18. X. 3. 26. de testam.

cipien zu ordnen, ist eben so vergeblich, als die Ansicht die Casuistik und resp. den Geist der Interpretation zu verwerfen.

a) Bei der Falcidia werden die gezogenen Früchte eingerechnet, ohne Unterschied, ob sie vor oder nach dem Erbschaftsantrit gezogen wurden. Der Fiduciar aber soll die Früchte nicht einrechnen, die er nach dem Antrit gezogen hat, und dieses findet auch bei der legitima statt. Der Grund ist, weil hier ein besonderes Vertrauen und die Rücksicht, daß beide Theile nicht in mora sind, in Betracht kömmt [1]).

b) In die Falcidia wird alles eingerechnet, was der Erbe titulo heredis zieht, also was in der Erbschaft sitzen bleibt, was der Erbe vom Prälegate sich selbst zahlt, was ihm accrescirt, nicht aber dasjenige, was er von einem Miterben oder titulo singulari empfängt. Nun behaupten Viele, der Fiduciar müsse auch das Letztre in seine Quarte einrechnen, und beziehen sich auf die famose l. 91. D. 35. 2. Diese Stelle ist offenbar corrumpirt, namentlich in den Worten, welche in den Ausgaben mit einem Einschlußzeichen stehen, und die gar nicht in den Text gehören. Die Hauptschwierigkeit aber ist in den Worten: pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam i. e. quod a coherede accipitur. Wir erklären die Stelle, indem wir sie nicht auf die Computation und Imputation, als vielmehr auf die Computation als Compensation beziehen z. B. A soll 4000 Fl. Legat an Andere und 2000 Fl. Legat an einen Miterben bezahlen, von diesem Miterben aber 500 Fl. empfangen. Hätte der Fiduciar also die ganze Quarte abzuziehen, so darf er dem Miterben doch nichts abziehen, weil er ja 500 Fl. von ihm bekömmt. Er zieht also den andern Legataren 1000 Fl. ab, und mit gedachten 500 Fl. hat er seine ganze Quarta ad 1500 Fl.

Einige sind freilich weiter gegangen und haben geglaubt,

---

1) l. 6. pr. §. 3. Cod. 6. 49.

der Fiduciar müsse Alles einrechnen, was er judicio defuncti habe und Höpfner behauptet sogar, dieses sey in der deutschen Praxis herkömmlich.

Dagegen hinsichtlich der relicta conditionis implendae causa bleibt auch bei der Q. Trebellianica Alles wie bei der Falcidia.

Soll die ganze Erbschaft restituirt werden, dann muß der Fiduciar auch dasjenige herausgeben, was er von seinem Prälegat jure hereditario zieht, und dies ist denn der stillschweigende Wille des Testators nach l. 86. D. 35. 2. [1])

§. 710.

Berechnung im Einzelnen.

II. Der Zeitpunkt, wo der active und passive Bestand des Vermögens des Verstorbenen zu beurtheilen ist, ist der Moment des Todes des Erblassers [2]). Sofort muß eine allgemeine Quantitätsbestimmung der activa und passiva erfolgen, und diese geschieht durch Annahme gewisser Rechtssätze. Zunächst kömmt hier der Ausdruck vor „formale pretium“ was bei den Römern kein Marktpreis, sondern ein durch Edicte bestimmter Preis war [3]); außerdem müssen oft Sachverständige adhibirt werden z. B. bei dem ususfructus. Bei den Obligationen wird das Sichere und Unsichere, die Naturalobligation nach ihren Vollzugsmitteln, die Correal- und Pönalfoderung, soweit sie durchzuführen sind, in Anschlag genommen; aber auch bedingte Foderungen sind zu verkaufen, und auch deshalb ist ein Werth derselben zu finden [4]). Zu den passivis gehören

---

1) Man vergleiche über diese Lehre mein Buch S. 174. ff. und S. 284. wo auch die hieher gehörige Literatur angeführt ist.

2) §. 2. J. 2. 22. l. 30. pr. l. 75. pr. D. 35. 2. mein Buch I. S. 539.

3) Mein Buch S. 542.

4) S. 544. ff.

die Kosten des Leichenbegängnisses und der Erbschaftsübernahme, die pretia der freigelassenen Sklaven, die Schulden im allgemeinen und die Lasten, auf welche die quarta Falcidia nicht repartirt werden kann [1]). Auch wird jetzt nach den oben vorgetragenen Grundsätzen der Pflichttheil als eine Erbschaftsschuld abgezogen.

Von dem also gefundenen reinen Vermögen wird die quarta genommen, und den einzelnen Legatarien der Abzug, wie bei unsrer Concursmasse gemacht. Aber die Legate selbst müssen erst in eine gewisse Ordnung gebracht werden z.B. bei einer res aliena der Werth der Erwerbung — bei der res, die der Onerirte mit einer Geldsumme auslösen kann, wo wenn die Sache nicht gegeben wird, immer die Geldsumme angeschlagen wird [2]) u. s. w. Bei den legatis annuis, alimentorum et ususfructus ist wichtig, daß nicht nur die einzelnen Quoten zusammenzurechnen sind, sondern daß auch das interusurium in Anschlag genommen werden muß. Bei den legatis annuis hatte man einem einzelnen Legatar gegenüber den Rechtssatz, es seien soviele Legate an dieselbe Person als Jahre, dann wird die jährliche Leistung solange fortgemacht, bis der Erbe beweisen kann, daß retenta Falcidia vom Vermögen nichts mehr da ist. Die Legate der weiteren Jahre sind aber eigentlich nicht verloren, sondern es wird angenommen, daß die Legate der früheren Jahre in dem Verhältnisse geringer werden, als es nöthig ist, in den noch laufenden Jahren gleichmäßig das Legat zu bezahlen [3]). Allein diese einfache Art paßt nur auf den Fall, wo andere Legate nicht concurriren. Außerdem giebt es zwei Wege [4]).

---

1) S. 546. ff.

2) l. 1. pr D. 33. 9. l. 19. pr. D. 36. 2. siehe weiter I. S. 551.

3) l. 47. D. 35. 2.

4) Man konnte auch durch Verkauf sich helfen, allein dies war zu unsicher.

a) Nach dem Verhältnisse bedingter Legate sich durch Caution zu helfen, die dem Erben wegen der Falcidia gebührt [1]). Freilich müssen auch die unbedingten die Caution machen, weil es sich am Ende von einer Totalberechnung handelt: bei Legaten an eine moralische Person aber wird das Legat mit 25 zu Capital erhoben und die Sicherheit hergestellt [2]).

b) Wenn aber die Legate auf die ganze Lebensdauer gehen, wie bei dem Niesbrauch oder bei Alimenten, dann hat man eine Art von Lebenstafel in doppelter Richtung [3]), und es soll dadurch definitive ein Legat gebildet werden [4]). Davon aber muß der Erbe gleich seinen vierten Theil im Ganzen haben, und wenn der Legatar ihn nicht geben kann, z. B. bei einem Alimentslegat ad 300 Fl. wo die Quarte des Erben auf 600 Fl. für 6 Jahre nur nach und nach bezahlt werden kann, kann er jährlich eine Verzinsung für sich in Anspruch nehmen.

Bei betagten Legaten ist die Vereinigung leicht, und bei dem Abzuge der Quarte wird wieder die Verzinsung in Betracht genommen. Bei dem ususfructus bleibt noch eine dritte Methode übrig, da derselbe theilbar ist, jedes Jahr einen Theil zurückzubehalten, wo bei dem ususfructus an moralischen Personen anzunehmen ist, daß derselbe 30 Jahre dauere [5]).

Im Einzelnen ist noch wichtig die Abschätzung der Prädialservituten [6]), die Erklärung der l. 82. und 30. §. 1. D. 35. 2. und die Bemerkung, daß wenn die Erbschaft mit

---

1) l. 55. D. eod.

2) l. 3. §. 2. D. eod.

3) l. 68. D. h. t. mein Buch I. S. 559.

4) Kein provisorium I. S. 560. A. M. Fritz bei Löhr IV. S. 320. Die definitive Bildung geschieht hier wie bei einer Leibrente.

5) l. 56. D. 7. 1. Mein Buch S. 563. ff.

6) Mein Buch I. S. 563. ff.

Legaten überschwert ist, zuerst von den Legaten das abzuziehen ist, womit die Erbschaft überschwert ist, und dann erst die Berechnung im Sinne der Falcidia gemacht wird [1]).

§. 711.

Was muß sich der Erbe in seine Quarte einrechnen lassen?

Princip ist hier, daß der Erbe sich Alles einrechnen lasse, was er jure hereditario zieht, dagegen Alles lucrirt, was er jure singulari inter vivos oder mortis causa vom Erblasser gezogen hat [2]).

a) In der positiven Richtung gehören hierher die ungültigen Legate, das, was der Erbe vom Prälegate sich selbst auszahlen muß. Wenn mehrere Miterben sind, kann oft der eine Miterbe, der sich auf die Compensation berufen mag, soferne durch das Prälegat die Quarte voll wird, eine Ausnahme vom Abzuge machen. Ferner [3]) gehören hierher die Früchte und Nutzungen von den gültigen Legaten, welche sub conditione vel die hinterlassen sind [4]). Von den fructus der Erbschaft im Allgemeinen aber bildet $^1/_4$ die nothwendige Vermehrung der Quarte selbst; aber dieses nach dem Todestage des Erblassers, so daß nicht die hier bestehenden sämmtlichen Früchte in die Erbschaft fallen, sondern $^1/_4$ davon dem Erben vorbehalten bleiben. Von der Zeit des Todes des Erblassers an aber gehören die Früchte dem Erben allein; aber die Legatare können natürlich auch die Früchte ihrer Objecte in Anrechnung bringen [5]).

---

1) S. 570.
2) Es wäre denn ausdrücklich als conferendum bezeichnet.
3) Mein Buch S. 572. l. 22. pr. l. 94. D. 35. 2.
4) l. 15. §. 6. l. 73. §. 4. l. 88. §. 3. D. eod.
5) Mein Buch I. S. 574.

b) In der negativen Richtung werden nicht eingerechnet Legate, die der Erbe von Miterben oder andern erhält, was der Erbe als Fideicommiß zurückerhält [1]), ferner die mortis causa donatio, die Präſtationen wegen einer Bedingung, das Legat des Pupillen, welches dieſer aus der väterlichen Erbſchaft dem Pupillarſubſtituten zubringt [2]).

§. 712.

Rechtsmittel zum Schutze des Erben.

I. Das Civilrecht hat zu dieſem Zwecke Nichts Neues eingeführt, ſondern wendet nur bereits beſtehende Rechtsmittel auf unſer Verhältniß an. Namentlich die Retention oder exceptio doli, ferner die condictio indebiti, ſoferne ein factiſcher Irrthum vorliegt [3]), außerdem eine Entſchädigungs- und Verabfolgungsklage wie die actio de dolo oder in factum [4]). Ja der Erbe hat manchmal die vindicatio ſelbſt.

II. Der Prätor führte außerdem das interdictum quod legatorum ein, wenn die Bedingungen deſſelben vorhanden ſind [5]): endlich in zweifelhaften Fällen kann auch eine Caution verlangt werden, die darauf gerichtet wird, daß der Vermächtnißnehmer nach vorgenommener Berechnung ſoviel wieder zurückgebe, als er hiernach zuviel empfangen habe [6]).

§. 713.

Fälle, in welchen der Abzug der Falcidiſchen Quarte nicht ſtatthat.

Die lex Falcidia war vor Juſtinian ſo leicht nicht

---

1) l. 29. D. h. t.
2) l. 60. pr. D. h. t.
3) I. S. 578. Note 3.
4) l. 18. Cod. 6. 50. l. 77. §. 2. D. 31. l. 5. §. 1. D. 10. 4. l. 26. pr. D. 35. 2. S. 580. Note 1.
5) S. 581.
6) Mein Buch I. S. 581. Dig. 35. 3.

zu beseitigen. Der Testator konnte: 1) sie direct nicht verbieten [1]), aber er konnte den Erben anweisen, daß er die Falcidia auf einige Legate lege, ferner dasjenige, was dem Erben frei bleibt, einrechnen ließ u. s. w. Justinian aber läßt die Quarte direct verbieten, auch die activa so hoch anschlagen, daß die Quarte stillschweigend verboten ist [2]). 2) Ebendeshalb kann der Betheiligte verzichten, auch, wenn er sciens das ganze Vermächtniß bezahlt hat, Nichts zurückfodern [3]).

In Form eines Privilegii aber fällt der Abzug der Quarte weg:

1) Bei jedem militärischen Testamente, selbst wenn der Erbe des beneficii inventarii sich bedient [4]).

2) Einer milden Stiftung kann nichts abgezogen werden [5]), was nicht auf den Fall der mora bezogen werden kann.

3) Am wenigsten bei dem legato debiti; jedoch allerdings kann der Abzug von dem interusurio stattfinden [6]).

4) Zur Strafe wird der Abzug untersagt, wenn der Erbe kein Inventar errichtet [7]), wenn er das Legat dem Vermächtnißnehmer zu unterschlagen oder ihn dabei zu betrügen sucht [8]). Im ersten Falle behalten es die Vermächtnißnehmer, in dem andern Falle zieht die Quarte der Fiscus.

In dem Falle ad 2 und 3 muß der Erbe auf andre Art entschädigt werden.

Wenn ein Gutsinventar dem Gutsherrn selbst zugewandt

---

1) l. 15. §. 1. D. 35. 2.
2) Nov. 1. c. 2. §. 2.
3) Sine fraude war dies auch schon vor der Nov. gültig l. 1. et ult. Cod. 6. 50.
4) l. 17. 92. 96. D. 35. 2. l. 7. Cod. 6. 50.
5) Nov. 131. c. 12.
6) l. 1. §. 10. D. 35. 2. l. 1. §. 12. D. 35. 4.
7) l. ult. §. penult. Cod. 6. 30.
8) l. 13. 24. 68. §. 1. D. 35. 2.

wird [1]), soll auch der Abzug verboten seyn, allein die Sache erscheint uns als ein legatum debiti.

§. 714.

Von den Rechts- und Sicherheitsmitteln des Legatars im Allgemeinen.

Vor der Exäquation der Legate und Fideicommisse war folgender Standpunkt begründet:

I. Die Legate wurden vel vindicatione vel actione personali vel actione familiae herciscundae eingefodert, und zur Vollziehung führte die actio judicati. Worauf man die persönliche Klage gründen wolle, ob auf die hereditatis aditio oder auf das Testament selbst, ist in der neuesten Zeit wieder durch Holtius streitig geworden [2]).

II. Bei den Fideicommissen fand immer nur eine extraordinaria persecutio statt [3]), und die Vollziehung geschah durch eine in rem missio, die aber ganz verschieden ist von dem weiter unten vorkommenden Sicherheitsmittel der in rem missio, die zugleich ein Pfandrecht gibt.

Justinian begründete folgendes System:

a) Für alle Vermächtnisse, Legate und Fideicommisse, ist das Rechtsmittel eine actio bonae fidei und die missio in rem als Executionsmittel fällt gänzlich weg. Wäre der Gegenstand des Vermächtnisses eine eigene Sache des Testators, so findet die vindicatio statt; beim Prälegate auch die actio familiae herciscundae. Außerdem hat Justinian die Veräußerungen vermachter Sachen verboten und

---

1) l. 15. Cod. 6. 50.

2) S. mein Buch I. S. 501. ff. wie stand es mit dem legatum sinendi modo?

3) Ob dies seit der Veränderung durch das SC. Trebellianum auch auf die Universalfideicommisse geht — oder ob nicht wenigstens neben der hereditatis petitio — promiscue?

darneben ein Generalpfandrecht auf die Hinterlassenschaft gelegt [1]).

b) Der Vollzug geschieht jetzt immer durch das nach der Natur der vorstehenden Klagen gestellte Vollzugsmittel.

§. 715.

Sicherheitsmittel insbesondere.

In dieser Beziehung hat sowohl der Honorirte als auch der Onerirte besondere Sicherungen:

I. Der Honorirte konnte dann ein Sicherungsmittel verlangen, wenn der dies legati nondum cesserit, oder wenn sonst auch bei einem legatum praesens noch prozeßualiche Gründe vorhanden waren, und diese Sicherheit mußte unter Umständen auch auf die eigenen Güter des Onerirten geleistet werden (Antoniniana) wenn nicht die bei den Römern bessere Bürgschaftsbestellung genügte. Es ist dieses im Ganzen ein sehr verarbeitetes prätorisches Rechtsmittel — und eine noch bestehende missio in rem legatam vel propriam [2]).

II. Der Onerirte darf das Legat nicht eigenmächtig an sich nehmen; thut er dies, so hat der Erbe das schon angeführte interdictum quod legatorum [3]); er hat auch, wenn er zuviel oder ein bedingtes Legat bezahlt hat, die condictio indebiti [4]): auch finden Cautionen statt, wenn der Honorirte wegen des oben angeführten falcidischen Rechts besondere Ansprüche hat [5]).

---

1) Wegen eines legirten Capitals hat der Legatar ohne weitres die actio utilis l. 18. Cod. 6. 37. davon unten.

2) Mein Buch I. S. 509. §. 9.

3) Dig. 43. 3.

4) l. 60. D. 30.

5) Im Ganzen Dig. 36. 3. 4.

§. 716.

Von der Ungültigkeit der Legate.

a) Im Allgemeinen.

In der Geschichte der Legate unterschied man diejenigen, die gleich ursprünglich nicht gültig hinterlassen waren, und diejenigen, die von der Errichtung bis zu der Apertur der Testamente entweder caduca oder in causa caduci waren, bis mit dem Wegfallen dieses Unterschiedes den ersten anfangs ungültigen Legaten die andern entgegengesetzt wurden, und zwar diejenigen, welche den indignis entrissen werden, oder diejenigen, welche der Testator abändert und diejenigen, die nach der Natur der Sache und Verhältnisse untergehen. Wir haben daher:

a) legata, quae pro non scriptis habentur,
b) legata, quae indignis eripiuntur,
c) legata ademta vel translata,
d) legata extincta.

§. 717.

b) Von den legatis, quae pro non scriptis habentur und von der regula Catoniana.

In solchen Lehren sind schon die Ausdrücke, wie fast überall im römischen Rechte sehr technisch, und namentlich gehören hierher in Beziehung auf den incapax, indignus die Legate, quae ab initio deficiunt [1]). Wichtig ist hier nur der Gegensatz der defecta zu den extincta. Zu den ersten gehören nicht nur die Fälle, wo es an der testamentifactio activa oder passiva oder an der Formalität fehlt, sondern auch wenn die Perfection in materialibus nicht da ist z. B. wenn man den Sinn der Anordnung nicht erklären

---

1) Defecta sind im Gegensatz zu den caduca, crepta, translata, ademta, extincta zu nehmen.

kann, oder wenn diese nicht ernstlich gemeint oder denotandi magis legatarii gratia geschrieben ist [1]). Ferner wenn das SC. Libonianum eintrit, weil hier die poena falsi oder die Nichtigkeit des adscripti angenommen wird [2]). Dagegen dasjenige, was nicht nur als ein natürlicher, sondern auch als ein gesetzlicher Aufhebungsgrund des Legats geachtet wird, wie z. B. der concursus duarum lucrativarum causarum wird zu den extinctis gerechnet.

Von der regula Catoniana [3]). Bei der Erbeinsetzung stand das Princip fest, daß, wenn dieselbe tempore testamenti conditi nicht gelte, sie expost nicht convalescire. Es folgt dieses schon aus der Mancipationsform, nach welcher der Erbe eben im Augenblicke der Mancipation das Vermögen muß übernehmen können.

Anders steht die Sache bei den Vermächtnissen, weil der Legatar erst mit dem Tode des Testators in das Rechtsverhältniß trit, und bei der Singularsuccession auf dasjenige, was früher geschah, von seiner Seite keine Rücksicht zu nehmen hat [4]). Wenn nun von der Zeit der Errichtung des Legats bis zu dem dies cedens etwas vorgefallen ist, so war es unsicher, ob das Legat nach dem Willen des Testators bestehe, oder nicht. Um diese quaestio facti abzuschneiden, stellte Cato die Regel auf, daß die Gültigkeit des Legats immer nach der Zeit der Errichtung desselben zu beurtheilen sey. Es ist die Anwendung eines schon früher bestandenen allgemeinen Satzes auf diesen Fall, der natürlich

---

1) l. 2. D. 31. 8. l. 34. pr. D. 30.

2) Mein Buch S 427.

3) Mein Buch S. 413. die Schriften von Balduin, Voorda, Majansius, Schömann, v. Löhr, Harnier, Roßhirt, Guyet, Müller, Arndts.

4) Verfolgen wir hier nur die These, nicht den Streit mit Arndts, ob die testamentifactio hieher gehöre, oder blos andere Fälle der Ungültigkeit.

keine Bedeutung haben konnte bei bedingten und betagten Einsetzungen [1]).

Ob diese Regel auf Fideicommisse Anwendung gehabt habe, wird bestritten; allein alle solche besonderen Institute müßten freilich durch speciell ausgesprochene Regeln anf die Fideicommisse angewendet seyn, wofür uns alle Zeugnisse fehlen.

Einige Neueren, z. B. Schömann, Thibaut, von Löhr behaupten, daß die regula Catoniana für uns unbrauchbar sey, weil sie auf Fideicommisse nicht angewendet worden und jetzt die günstigere Natur des einen oder andern Instituts entscheide. Allein angenommen einmal, die Fideicommisse wären der Regel doch dann unterworfen gewesen, wenn diese in bestättigten Codicillen oder Testamenten selbst partes testamenti waren, was wäre zu folgern? Allein das andremal glauben wir nicht, daß die Exäquation sich hieher, wo es eines Grundsatzes ursprünglicher Gültigkeit und der Anordnung selbst — eines Urrechts der Verfügung gilt, anzuwenden sey, zumal ja Justinian nicht einen ganzen unpractischen Titel in seinen Pandecten gegen seine offenbar ausgesprochene Intention würde haben stehen lassen, und also gegen unsre Gegner die Präsumtion ist. Endlich aber ist nach den im Eingange angegebenen Grundsätzen die Regel, wo nicht der unstäte Wille des Testators entscheiden soll, wie gerade bei den unbestättigten ex arbitrio judicis zu entscheidenden Fideicommissen, unentbehrlich, weil ohne den Willen des Testators nur ein Gesetz die Interpretation geben kann, und so müßte, wenn die Regel nicht bestünde, ein neuer Cato unter uns erscheinen! —

§. 718.

c) Von den legatis erepticiis.

Die Lehre von den caducis bis zu den apertae tabulae

---

1) Mein Buch S. 423.

und von den vacantibus post apertas tabulas hat Justinian aufgehoben, dagegen die Lehre von den erepticiis gelassen [1]). Höchstens könnte man von den vacantibus jetzt noch da sprechen, wo eine Confiscation eintrit. Richtig bemerkt schon Heineccius [2]), daß sich die Indignität entweder in ein Verbrechen oder in die Schuld des Eingesetzten oder darin gründet, daß der Testator den Eingesetzten in der That nicht will [3]), wie schon bei dem Erbrechte ausgeführt ist. Zu bemerken ist hier nur, daß wenn ein Grund der Ereption mit dem legato non scripto, ademto oder extincto concurrirt, immer das Legat, in der Hinterlassenschaft zurückbleibt [4]).

§. 719.

d) Von den legatis ademtis et translatis.

I. Ademtio. In der alten Zeit gab es manche Bedenklichkeiten, z. B. kann ein Vindicationslegat durch ein Damnationslegat adimirt werden? Allein man muß annehmen, durch die exceptio doli habe hier Alles bewirkt werden können im Gegensatze der Formaufhebung, die ipso jure geschah [5]). Eine stillschweigende Ademtion trit hiernach ein, wenn der Anordnende nicht propter necessitatem rei familiaris, sondern mera voluntate die Veräußerung der Sache vorgenommen hat [6]). Wird die Ademtion nur bedingt vorgenommen, so ist dies eine neue bedingte Anordnung des Legats, die demnach in der gehörigen Formalität

---

1) l. un. §. 19. Cod. de cod. toll.

2) Ad leg. Jul. pag. 415.

3) l. 12. D. 34. 9. Mein Buch I. S. 444. Note 3. Siehe auch Thibaut §. 993. Meine Einleitung S. 55. und oben.

4) Mein Buch S. 446. l. 25. §. 1. D. 34. 9.

5) Mein Buch S. 432.

6) §. 12. J. h. t. Schrader dazu über die Geschichte dieser Lehre S. 433.

geschehen seyn muß [1]), und wo die Bedingung zu Gunsten des Eingesetzten steht [2]), denn sie kann auch umgekehrt eine Ademtion enthalten [3]), wo man dann wissen muß, ob daraus nur der weiter beschwerte Legatar oder unmittelbar der Erbe Vortheil ziehe. Endlich gehört hieher der Gegensatz der l. 3. §. 7. D. 34. 4. und der l. 10. pr. D. 34. 5. [4]). Wenn man nämlich in der l. 3. nicht statt utrique neutri lies't (das utrique steht in der Florentina), so paßt in diese Stelle nur folgender Gedankengang: Ein unsicheres Nehmen ist eben so ungültig, wie ein unsicheres Geben. In der andern Stelle aber dachte Ulpian anders, durch die unsichere Ademtion soll nämlich auch die Institution ungültig geworden seyn. Die letztre Ansicht hat offenbar mehr materielle Sicherheit: und die erste Argumentation paßt nur in eine Jurisprudenz nach formellen Grundsätzen.

II. Translatio. Man unterscheidet

a) a persona in personam. Ob hier eine wirkliche Ademtion vorhanden sey, muß bewiesen werden, denn sonst streitet das Gesetz für die Conjunction [5]).

b) Ab eo, qui dare jussus est, ut alius det. Hier wird angenommen, dem ersten Onerirten sey das Legat adimirt [6]).

c) Cum res pro re datur.

d) Cum, quod pure datum est, transfertur sub conditione, hier sieht man recht deutlich, daß dasjenige, was oben von der bedingten Ademtion gesagt wurde, eine dop-

---

1) l. 10. pr. D. 34. 4.

2) Wo derselbe natürlich die Bedingung erleben muß.

3) Vergl. l. 17. D. 31. l. 31. §. 1. D. 34. 4. Püttmann interpret. et obs. c. 1.

4) Göschen Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. 1. Nr. 6. Mein Buch S. 437.

5) l. 7. pr. Cod. 6. 37.

6) l. 6. §. 1. D. 34. 4. Nicht entgegen steht l. 44. §. 1. D. 31.

pelte Seite hat — dort nämlich als Ademtion erscheinend — hier zugleich als neue Anordnung.

Die Translation hat Manches mit der Novatio gemein, z. B. ad a. geht die conditio stillschweigend über, wenn sie nicht ihrer Natur nach blos auf das erste Subject paßt [1]).

§. 720.

e) Von den legatis extinctis.

1) Wenn das Object [2]) ohne Schuld des Onerirten zu Grunde geht. Bei der specificatio kömmt Alles darauf an, ob ein animus adimendi in solchen Fällen vorhanden ist [3]).

2) Bei dem concursus duarum causarum lucrativarum [4]).

3) Wenn der Vermächtnißnehmer sofort unfähig wird: auch wenn er es nicht annehmen will, denn den Ausdruck bona vacantia gebraucht man nicht mehr, zumal er auch in den Folgen unstät ist — wenn die Bedingung der Einsetzung deficirt, wenn der Vermächtnißnehmer den dies cedens nicht erlebt. Auch hat man dasselbe angenommen, wenn die vermachte Sache aus dem commercium kömmt.

Ueberall bleibt hier die Sache, wenn sie nicht untergegangen oder aus dem commercio gekommen ist, dem Onerirten.

§. 721.

Von den Fällen, wo die Vermächtnisse erhalten werden, obgleich die Einsetzung des damit Onerirten ungültig ist.

I. Die Codicillarclausel bietet hier die größten Fein-

---

1) l. 24. pr. D. 34. 4.
2) Species legata.
3) Mein Buch S. 447.
4) II. Theil §. 419.

heiten dar; es ist möglich, daß der in der Anordnung eingesetzte Erbe nichts bekömmt, aber doch von den Intestaterben die Singularvermächtnisse bezahlt werden müssen, ja es könnte geschehen, daß der Erbe ob defectum in voluntate wegfällt, aber doch die sichern und gewissen Vermächtnisse bezahlt werden müssen [1]). Waren die Fideicommisse nur einem Intestaterben aufgelegt, so gehen sie nicht auf die andern [2]): aber möglich ist es auch, daß, wenn der unmittelbare Onerirte wegfällt, der Erbe doch das Vermächtniß erfüllen muß [3]).

II. Die b. p. contra tabulas erhält die Vermächtnisse an die exceptae personae — die querela inoff. testamenti soweit, als nicht jeder Eingesetzte, sondern oft nur die turpis persona ausgestoßen wird, endlich an sich die Nov. 115.

III. Jeder, der auf andere Art gerufen den Ruf ausschlägt, um ab intestato einzutreten, soll die Vermächtnisse bezahlen, aber nur nach Untersuchung des concreten Falles, und des Umstandes, daß der Betheiligte keine gültigen Gründe hat, und der Testator auf andre Weise sich nicht vorsehen konnte [4]). Schon hieraus folgt, daß bei der Destitution des Testaments selbst unmöglich der Intestaterbe gebunden seyn kann, die Vermächtnisse zu bezahlen [5]).

IV. Wäre unter mehreren Erben nur dem Einen namentlich ein Vermächtniß aufgelegt, so ist gewiß, daß auch sein Substitut dasselbe erfüllen muß: ja man ging noch weiter, und verlangte, daß, wenn nicht der Sinn des Testators

---

1) l. 88. §. 17. l. 77. §. 23. D. 31.

2) l. 1. §. 9. D. 32.

3) l. 29. pr. D. 31.

4) Dig. 29. 4. Mein Buch S. 456 ff.

5) A. M. Zepernick de test. destit. vir. v. Löhr im Archiv V. Bd. Nr. 15. Franke Beitr. S. 149 ff.

dawider sey, die für den ausfallenden Erben eintretenden übrigen Erben es zu bezahlen hätten [1]).

V. Wenn ein unrichtiger Testamentserbe die Vermächtnisse bezahlt hat, derselbe aber eine billige Ursache seines Antrits hat, so soll der error juris ihn nicht drücken, jedoch ist zu unterscheiden, ob er vor oder nach dem Prozesse gezahlt hat. In der letztern Hinsicht soll er die Legate ersetzen, wenn und weil er sich nicht durch Caution gedeckt hat: im ersten Falle aber kann er blos seine condictio indebiti cediren, und hier ist es dann immerhin möglich, daß die Vermächtnisse nicht dem Intestaterben in Anrechnung kommen oder eingefodert werden können [2]). —

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Theil.

§. 722.

Vermächtniß an einem unbestimmten Objecte.

Man kann hier drei Formen unterscheiden:

1) Ein Legat, wo der Testator wohl ein certum judicium hatte, aber der Ausleger über die Unbestimmtheit der Anordnung nicht hinwegkömmt. Hier steht nur soviel fest, daß, wenn die quaestio facti nicht zu lösen ist, die in geringerem Werthe stehende species als legirt anzusehen ist, wobei also immer doch eine bestimmte Hinweisung auf einzelne species nöthig ist [3]). Von einem Wahlrechte kann also hier nicht die Rede seyn.

2) Ein legatum in genere relictum, wo man so unterscheidet:

---

1) l. 61. §. 1. D. 31: l. 4. Cod. 6. 49. l. 24. D. 30.
2) l. 17. D. 5. 3. Mein Buch I. S. 459. 460.
3) l. 39. §. 6. D. 30.

a) Ob es sich blos fragt, ob eine Sache zu dem genus gehöre, und wo man im Zweifel wieder zur billigeren Ansicht sich halten muß, wornach die speciellere Richtung, die etwa bei dem eigenen Vermächtniß einer einzelnen Sache vorgefunden wird, eine Ademtion derselben aus dem generellen Legat ist [1]).

b) Ob ein wahrhaft generisches Vermächtniß da ist, wo Alles auf die Wahl hinauskömmt.

§. 723.

Vom Wahlrechte [2]).

Im römischen Rechte war dem Legatar aufgegeben, durch eine ausdrückliche Erklärung in bestimmter Zeit vor bestimmten Zeugen seinen Willen auszusprechen. Wenn er nicht optirte, oder wenn er vor der Option starb, so war das Legat verloren. Der Erbe war ihm aus freien Stücken Nichts zu geben schuldig, dieser actus legitimus ist abgekommen [3]), und es findet jetzt das Wahlrecht so statt:

1) Es geht auf die Erben des Legatars über, wenn diesem entweder nach Gesetz oder nach besondrer Bestimmung des Testators die Wahl gebührt.

2) Ist dem Legatar das Wahlrecht durch eine besondere Bestimmung gegeben, so kann er auch das beßte Stück nehmen [4]).

3) Ist dem Legatar die Wahl durch das Gesetz gegeben [5]), und sind namentlich die Sachen im Vermögen des

---

1) l. 41. §. 3. D. 32. l. 9. §. 1. D. 33. 5. l. 15. D. 33. 8.

2) D. 33. 5.

3) Einige behaupten, der actus habe sich blos auf die optio servi bezogen.

4) Auch bei einem Damnationslegat konnte die Wahl gegeben werden, weshalb die Wahl gesetzlich auch jetzt allgemein gemacht ist.

5) Früher ging dieses nur auf res testatoris propriae, jetzt hängt nichts mehr davon ab, ob der Testator solche Sachen in

Erblassers, so darf unter vielen Sachen der Legatar wählen; aber doch nicht gerade das Beßte. So sind die l. 37. pr. D. 30. und die l. 2. pr. D. 33. 5. zu vereinigen.

4) Hat der Onerirte das Wahlrecht, so kann er wählen, was er will, nur nicht ein unbrauchbares Stück[1]).

5) Der wählende Legatar ist nicht an sein Wort gebunden, wenn der Onerirte nicht alle zur Wahl gehörende Objecte exhibirt hat; auch kann derselbe nochmals wählen, wenn er die Sache nicht behalten kann, z. B. wegen eines Irrthums oder einer Eviction, ferner kann er in der Wahl auf eine Sache zurückkommen, die er früher abgelehnt hatte[2]).

6) Ist einem Dritten das Wahlrecht gegeben, so steht Alles in dessen arbitrio, wenn er aber innerhalb eines Jahres nicht wählt, so darf der Legatar wählen[3]).

7) Jedem Wahlberechtigten kann die Obrigkeit einen Termin sub praejudicio setzen[4]): allein, wenn der Betheiligte keinen Schaden hat, kann er es noch später ausüben; nur wenn den Onerirten das Präjudiz trifft, kömmt ohne weiteres der Legatar daran[5]).

8) Ein generisches Vermächtniß findet an Wohngebäuden nur dann statt, wenn der Testator solche in seinem Vermögen hat[6]): bei andern Grundstücken kann das Legat nur durch die Quantität gültig werden[7]), z. B. ¼ Morgen Land.

9) Das alternative Legat ist kein generisches, aber

---

seinem Vermögen hat — obgleich dies ein alter Streitpunkt ist. Jedoch wäre das Legat nicht ein alternatives oder genau bestimmtes, so kann der Legatar sein Wahlrecht wohl nicht in das Ungewisse ausdehnen.

1) l. 110. D. 30. l. 66. §. 3. D. 31. Mein Buch II. S. 16.

2) l. 18. D. 33. 5.

3) l. 3. §. 1. Cod. 6. 43.

4) l. 6. 7. 8. 13. §. 1. 17. D. 33. 5.

5) l. 11. §. 1. D. eod.

6) l. 71. pr. D. 30.

7) Arg. l. 71.

das Wahlrecht findet darauf Statt: das Legat ist immer nur legatum unum, denn zwei specielle Dinge sind wohl in obligatione (daher duo legata), aber nur eines ist in solutione[1]). Wäre das eine Legat unbedingt, das andere bedingt, so cedirt wegen der Einheit in der Solution das Legat erst mit der Bedingung[2]). Die Obligation aber bezieht sich auf beide Gegenstände dergestalt, daß, wenn der Testator vor der Wahl über das Eine verfügt hatte, und das andere darauf untergeht, der Legatar seinen Anspruch auf das erste bekömmt[3]). Die Alternation als ein besseres Recht zeigt sich auch sonst[4]), ebenso wie bei den alternativ bestimmten Strafgesetzen. Findet ein Irrthum statt, so kann die condictio nicht erhoben werden[5]).

§. 724.

Von dem Vermächtnisse einer universitas rerum.

Das legatum universitatis, welches entweder in einer pars bonorum des Verstorbenen oder in der Verlassenschaft eines Andern besteht, wovon schon die Rede war, oder in einem peculio[6]), oder in einem zu einem gewissen Zwecke vereinigten Vermögen (dos, taberna, mensa) oder in einer Masse gleichartiger Dinge (Meubel, Bücher, Capitalien) — wobei noch später besondere Interpretationsregeln vorkommen werden: — unterscheidet sich vom generischen Legate dadurch, daß die Unbestimmtheit nicht durch Wahl, sondern

---

1) l. 34. §. 14. D. 30. Cujacius tom. IV. pag. 498. (Neapol. Ausg.) Siehe auch l. 84. §. 11. D. 30.

2) l. 25. pr. D. 36. 2. Cujacius tom. IV. pag. 496. Mein Buch II. S. 25.

3) l. 109. §. 1. D. 30.

4) l. 23. D. 31.

5) l. 19. D. 31.

6) Das legatum, praelegatum peculii ist sehr wichtig, theils wegen der Vorabzüge, die hier stattfinden, wegen der Verbindlichkeiten u. s. w. wovon bei uns in dem Rechte der väterlichen Gewalt die Rede war. Dig. 33. 8. §. 20. J. 2. 20.

durch Verweisung auf eine Zeit gehoben wird, in welcher Inhalt und Umfang der universitas zu erkennen ist. So ist denn Folgendes anzunehmen:

1) Bei dem legato partis richtet sich Alles nach dem Antrite der Erbschaft, denn der Erbe ist zur Partition verpflichtet [1]), und vor dem Antrite ist er zu Nichts verbunden.

2) Bei dem Vermächtnisse einer fremden Hinterlassenschaft geht es aber nach dem Todestage des Testators, auch wegen der Früchte und Schulden [2]).

3) Bei dem Vermächtnisse einer universitas unbeweglicher Sachen richtet sich Alles nach dem dies cedens legati.

4) Bei dem Vermächtnisse einer universitas beweglicher Sachen Alles nach dem Todestage des Testator.

Der Unterschied von Nr. 3. und 4. liegt darin, daß bei den unbeweglichen vom Todestage bis zum Eintrit der conditio Veränderungen nicht vorgehen können, was ganz anders ist bei dem Inbegriffe beweglicher Sachen [3]).

§. 725.

Von dem Inbegriffe von Sachen, die sich entweder als Accessionen zu andern verhalten oder fungible Sachen eines gemeinsamen Begriffes sind.

I. Wären unbewegliche und bewegliche Sachen auf einmal vermacht, so, daß beide zusammen eine universitas bilden, so kömmt es darauf an, ob es heißt: lego tibi aedes cum instrumento, oder lego tibi aedes et instrumen-

---

1) l. 23. D. 30.

2) l. 76. §. 1. D. 31.

3) Wegen der grex und der mensa. Mein Buch II. S. 35 — 38.

tum. In dem ersten Falle wird das Instrument im Geiste des vorigen §. nach dem dies cedens beurtheilt, weil es grammatisch rein als Accession dasteht. Also kann der Erbe von der Zeit des Todes bis zum Eintrit der Bedingung allerlei verkaufen und verändern, wenn er nur nicht dolo oder culpa lata verfährt. Im zweiten Falle wird das Instrument als ein selbstständiges Legat behandelt, wie im nächsten §. dargestellt wird und nach dem Todestage verfahren.

II. Werden fungible Sachen in Masse vermacht, so ist dieses ein legatum quantitatis. Im Einzelnen hängt oft sehr viel davon ab, ob ein solches Object als legatum universitatis oder quantitatis erscheint, und die Ansichten der römischen Interpreten sind hier überall sehr wichtig, obgleich viele Antiquitäten mitunter laufen [1]).

§. 726.

Von einigen Vermächtnissen, die bald universitatis bald quantitates sind, im Gegensatze zu dem legato speciei.

1) Instrumentum legatum [2]).

2) Supellex legata [3]).

Thibaut [4]) behauptete dereinst, es könne uns gar nichts daran liegen, was die Römer unter instrumentum oder supellex verstanden hätten, denn gedachte Römer könnten uns ja doch nicht sagen, was in Deutschland Einrichtung oder Geräthschaft sey. Allein davon handelt es sich nicht in der Sache selbst, sondern es ist ein logischer Begriffsgegensatz da, und hier haben die Römer sicher den Weg angezeiget, auf welchem auch wir Alles finden müssen. Man

---

1) Mein Buch II. S. 40. und der §. 4. daselbst.
2) Dig. 33. 7.
3) Dig. 33. 10.
4) Civilistische Abhandl. S. 418.

unterscheidet die physischen und juristischen Theile einer Sache (Theile und Pertinenzen) von dem Complexe jener Dinge, welche entweder zu der vollkommenen Einrichtung einer Sache, d. h. eines Landguts [1]), eines Wohnhauses [2]), einer Gewerbsgerechtigkeit, eines Schiffes [3]) u. s. w. gehören — oder dasjenige bilden, was zur Wohnung und zum Aufenthalte an einem Orte dient. In der That sind dieses eben so allgemeine Begriffe, wie die formellen Verbindungswörter in der Sprache „und, oder, mit," und ändert daher die Sitte auch Einzelnes in den Bedürfnissen, so weiß man doch genau, daß immer wahr bleibt, was in l. 8. D. h. t. steht:

In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt [4]).

Auch andere Punkte sind im römischen Rechte als richtige Interpretationsmomente von der höchsten Bedeutung, z. B. daß man auf den vollkommensten Zustand der Einrichtung [5]), auf den eigenen Gebrauch derselben in dem vollkommnen Zustande aller Geräthe [6]) verwies. Bei dem Hausgeräthe kömmt schon etwas mehr theils auf die allgemeine Ansicht, theils auf die besondere Intention des Testators an [7]).

---

1) Sklaven, Thiere, Früchte, Baugeräthschaften. Mein Buch II. S. 49 ff.

2) Nothwendige Einrichtung (instrumentum) zur voluptuarischen (ornamentum) S. 51.

3) Ein kleines Schiff, welches einem großen angehängt wird, gehört nicht zu dem großen, wenn es nicht ein an einem bestimmten Orte aufgezogenes Schiff ist.

4) Varro classificirt das instrumentum vocale, semivocale und mutum. Cujac. tom. I. pag. 807.

5) l. 17. §. 1. D. h. t.

6) l. 18. pr. D. h. t.

7) In der letzten Hinsicht gehören auch Gemälde dazu. l. 7. §. 1. D. h. t. 33. 10. nicht aber Immobilien, Thiere, fremde Sachen.

§. 727.

Aurum. Argentum. Ornamentum. Mundus. Statuae. Imagines.

I. [1]) Auch bei uns hat der Ausdruck Gold- und Silbergeräthe seine Bedeutung, einmal gehört nicht hieher das Geld: das unverarbeitete Gold und Silber gehört aber hieher; bei dem verarbeiteten ist wieder der Gegensatz zu erwägen — es kann Schmuck, es kann supellex seyn, wobei es auf die Bestimmung ankömmt. Verarbeitete Gold- und Silbermünzen, wenn sie nicht als Geld laufen, und nicht besonders vermacht sind, gehören hieher, diese Regel entscheidet auch sonst bei dem verarbeiteten Gold und Silber [2]).

II. Zu dem mundus gehören die unguenta [3]), zu dem ornamentum nicht die vestimenta. Der Gold- und Silberschmuck der Weiber gehörte hieher, und wenn die Römer auch vielfach von unseren Sitten abweichen, so gab und giebt es Ausdrücke, welche hier helfen, z. B. Alles, was ich für meine Frau angeschafft habe.

III. Vestimenta, wo besonders bei Kleiderhändlern, wenn das Wort mea dabei stand, nur diejenigen Kleider gemeint waren, welche der Testator selbst trug [4]).

IV. Statuae, imagines. Hier wurden oft Stiftungen gemacht, wobei man sieht, daß hier nicht die Stiftung, sondern die Stadt der Berechtigte ist [5]).

---

1) Dig. 34. 2.

2) l. 27. §. 6. D. h. t.

3) D. 34. 2,

4) Mein Buch II. S. 68.

5) l. 6. §. 2. D. 34. 2,

§. 728.

De penu legata [1]).

Die ganze Hauswirthschaft nicht an Gebrauchsinstrumenten sondern nur an Genußmitteln konnte als universitas ein Gegenstand des Legats seyn; es geschieht auch, daß eine gewisse Art von solchen Bedürfnissen von Jahr zu Jahr abgegeben wird; es entscheidet hier die Rücksicht auf die Person [2]), der so etwas vermacht ist.

§. 729.

Dieselben Bedürfnisse können ohne solche Rücksicht lediglich durch die Quantität festgesetzt werden: wie bei Getraide, Wein [3]) — wo allerlei Interpretationssätze vorkommen, namentlich der Begriff alter und neuer Wein, wie er auch heutzutage noch in allen Weingegenden gebräuchlich und anzuwenden ist [4]).

§. 730.

Aliments-Legate [5]).

Die Römer unterscheiden hier die cibaria, vestiaria, habitatio auf der einen und die disciplina auf der andern Seite, woraus man in der neueren Zeit oft alimenta naturalia et civilia gemacht hat [6]). Ueber die Größe der Alimente entscheidet zuerst die Ansicht des Testators, dann das für den Alimentirenden in seinem Verhältnisse zu leistende Herkommen, zuletzt das Vermögen des Testators und das Ver-

---

1) D. 33. 9.
2) Mein Buch II. S. 71. 72.
3) D. 33. 6.
4) l. 11. 12. D. h. t.
5) Dig. 34. 1.
6) l. 6. 7. 21. D. h. t. die berühmte Stelle l. 14. §. 3. D. h. t. schon bei den Servituten mein Buch II. S. 83.

hältniß zu dem Legatar[1]). Die Mittel sind sehr verschieden: Stiftungen, Beauftragte — oft ein einfaches Legat. Jemand, der sonst nicht fähig ist, ein Vermächtniß zu haben, kann ein Alimentslegat genießen, z. B. einer, der den bürgerlichen Tod erlitten hat[2]), das Legat ist facti[3]), die quarta wird nicht abgezogen[4]), es ist keine conditio, sondern ein modus[5]), das Bedürfniß wird möglichst weit ausgedehnt (Knaben 18 Jahre, Mädchen 14 Jahre)[6]), die Begünstigten sollen nicht hart von dem Brodherrn behandelt werden[7]): der Widerruf der Legate erstreckt sich nicht darauf[8]): — in unserm Prozesse findet eine summarische Prozeßart statt[9]).

§. 731.

Legata annua[10]).

Terminliche Legate im Allgemeinen.

I. Das Alimentslegat kann auch in solchen Terminen festgesetzt werden, wird aber dadurch keineswegs in seinem Wesen bestimmt, sondern ist ein einziges Legat für sich selbst[11]): jedoch kömmt es immerhin darauf an, ob es im allgemeinen als Alimentslegat, wie im vorigen §. festgesetzt wird, oder ob es eine ganz besondre Bezeichnung auf

---

1) l. 22. D. eod.
2) l. 11. D. eod.
3) l. 10. D. eod.
4) l. 77. §. 1. D. 31.
5) l. 17. D. eod.
6) l. 14. pr. §. 1. D. eod.
7) l. 23. D. eod.
8) l. 21. D. eod.
9) Sie findet auch in Verhältnissen unter Lebenden statt.
10) D. 33. 1.
11) l. 10. D. 4. 5. enthält ein Alimentsvermächtniß.

Jahre erhält, wo es nach dem Willen des Testators als bedingte für die kommenden Jahre erscheint, und daher mehrere Legate bilden [1]).

II. Ebenso ist es auch mit andern terminlichen Leistungen: es können Vermächtnisse hinterlassen werden, welche in einer bestimmten Summe bestehend in 3jährigen Terminen abgetragen werden; hier kann der Legatar von Zeit zu Zeit bezahlen, aber das Vermächtniß ist doch nur ein einziges [2]). Deshalb ist ein solches Legat auch kein bedingtes, sondern geht gleich auf den Vermächtnißnehmer im Ganzen über. Eigentliche Jahreslegate aber bilden mehrfache Foderungslegate, wovon das Erste unbedingt, die andern aber bedingt sind. Von dem Foderungslegat aber ist das legatum ususfructus verschieden, schon weil es ein dingliches Recht erzeugt [3]), welches auch wegen des Endepunktes den gewöhnlichen Grundsätzen folgt und nicht schon mit dem Anfange des Jahres für das ganze Jahr erworben ist [4]): freilich wäre der Usufructuar weiter onerirt, so versteht sich, daß mit dem Erlöschen des ususfructus auch das Jahresvermächtniß erloschen ist [5]).

III. Auf das Object bei diesem Legate kömmt Nichts an, auch das legatum reditus ist ein legatum annuum [6]): übrigens kann auch am ganzen Vermögen die Benützung eingeräumt werden [7]), und ist hier nicht omnibus annis da-

---

1) l. 20. D. 36. 2.

2) Nöthigenfalls entscheidet hier ein arbiter. Indeß ist ein solches Legat im Zweifel immer propter heredis personam also eingerichtet. l. 15. D. h. t. Es ist daher ein terminliches Legat nicht propter obligationem, sondern propter solutionem.

3) l. 12. D. h. t.

4) l. 5. 8. D. eod.

5) l. 19. pr. D. eod.

6) Mein Buch II. S. 103. 104. Eine Rente ist hier eine Nutznießung von einem Grundstücke: bei den Römern sehr gewöhnlich.

7) l. 22. D. 33. 2.

bei, so wird dies als ein ususfructus patrimonii angesehen. Auch ewige Jahrgelder können vorkommen, z. B. für universitates personarum [1]), auch für Familien [2]), und der Gedanke bei dem ususfructus, wo das Recht mit 100 Jahren zur Erhaltung des Eigenthums endigt, gilt hier nicht [3]). Im Uebrigen ist das legatum annuum als Foderungslegat ein legatum quantitatis, und in dieser Hinsicht aber nicht weiter untheilbar, d. h. der Anfangstag des Legats bestimmt die Erwerbung des ganzen Legats [4]).

IV. Aus Allem geht nun hervor, daß die terminlichen Legate als Foderungslegate nicht durch einen Act verjähren; denn das Recht selbst im Ganzen kann wohl im Zweifel gezogen und deshalb ein Prozeß veranlaßt werden [5]), und gewiß ist, daß, wenn vom Jahre der letzten Leistung her 30 Jahre verflossen sind, der Vergangenheit wegen nicht mehr geklagt werden kann: allein die Leistung von 29 Jahren kann wieder eingefodert werden, wie dies ja auch bei den ewigen Jahrgeldern ausdrücklich anerkannt wurde [6]). Die actio ex testamento ist nicht eine, sondern es sind mehrere, wo jede für sich verjährt. Es giebt nicht, wie Einige glauben, eine actio praejudicialis [7]).

---

1) l. 6. D. h. t.

2) l. 22. Cod. 6. 37. l. 65. D. 50. 16.

3) Mein Buch II. S. 108.

4) S. 108. Daher ist auch hier richtig der ususfructus ein getheiltes Recht.

5) Der verlorne Prozeß hat dann seine Folgen aus der res judicata.

6) l. 9. §. 3. Cod. 1. 3. welche nicht mit Unterholzner im II. Bde. seiner Verjährung S. 19. auf ein besonderes Verhältniß bezogen werden darf.

7) l. 7. §. 9. Cod. 7. 39. Der Streit darüber war schon zwischen Martinus und Bulgarus geführt.

§. 732.

Von den Vermächtnissen an eigenen und fremden Sachen.

Es gilt hier nur der Vermächtnisse an species im Gegensatze zu den bisher erörterten Rechten, weil bis hieher in allen Sätzen immer ein generelles Verhältniß die Grundlage bildete. Freilich muß gleich hier bemerkt werden, daß, wenn nicht nur körperliche species und Rechte daran dazu gehören, sondern auch Obligationen aller Art, dennoch keineswegs Familienrechte herein gezogen werden dürfen, noch weniger öffentliche Verhältnisse, aber soviel ist richtig, daß alle Dinge des Lebens, also auch solche unter der Richtung der Bedingung angeordnet werden können [1]).

Wenn die vermachte körperliche Sache dem Testator gehört, so geht sowohl das Eigenthum wie ein anderes Recht an der körperlichen Sache selbst unmittelbar die cedente auf den Vermächtnißnehmer über. Nur darüber war unter den römischen Juristen Streit, ob solche Sachen wenigstens eine Secunde dem Erben gehören, oder ob anzunehmen sey, der Testator habe sie im Augenblicke seines Todes aus dem Vermögen genommen — ferner darüber, ob der Vermächtnißnehmer, um Eigenthümer zu werden, auch noch erklären müsse, die Sache oder das Recht anzunehmen, oder ob eine Erklärung darüber durchaus unnöthig sey [2]). Die meisten Stellen in den Pandecten sind in dem Sinne geschrieben, daß der Erbe bei dem unbedingten Legate einen Moment, bei dem bedingten aber bis zum dies cedens Eigenthümer sey — ferner in dem Sinne, daß es einer besonderen Erklärung des Legatars überall nicht bedürfe, wenn er nicht

---

1) Mein Buch II. S. 128 ff.

2) Gajus lib. 2. §§. 195. (194.) 200. l. 81. §. 6. l. 86. §. 2. D. 30. l. 18. D. 6. 1. l. 116. §. 4. D. 30.

ausdrücklich durch den Testator oder durch sich selbst und resp. seinen Vorbehalt darauf geführt werde [1]).

Dies Alles gilt aber nur bei Sachen, welche dem Testator gehören, denn außerdem ist das Legat nur ein Foderungslegat [2]).

Wäre der Vermächtnißnehmer zur Zeit der Anordnung schon Eigenthümer der Sache, so ist das Vermächtniß ungültig [3]): wenn aber derselbe das Vermächtniß zur Zeit der Anordnung nicht hatte, aber doch vor dem dies cedens, auch der Testator die ihm gehörige Sache nicht durch Veräußerung adimirte, so kömmt alles darauf an, ob der Vermächtnißnehmer sie titulo oneroso oder lucrativo erwirbt, im ersten Falle kann er die aestimatio verlangen nicht aber im andern [4]). Wenn der Testator eine Sache vermachte, die er für eine fremde, selbst für eine Sache des Legatars hielt, es sich aber herausstellt, daß der Testator in der That über seine eigene Sache disponirte, so soll das Legat gelten [5]).

Endlich kömmt der Fall, wo die vermachte Sache in der Art eine fremde war, daß sie auch nicht dem Erben gehört, wo sie rein als ein Foderungslegat dasteht und gilt. Sie muß eine res extranei im wahren Sinne des Wortes seyn [6]). Hier findet die Regel statt, daß der Erbe eine

---

1) Mein Buch II. S. 133. ff.

2) Wäre die Sache vom Testator oder Erben nur bona fide besessen, so muß der Erbe sie doch herausgeben, denn wenn der Dritte einspricht, muß sich der Legatar wehren, und im ersten Falle braucht der Erbe keine aestimatio zu bezahlen. Mein Buch II. S. 151.

3) II. S. 140. Auch dann, wenn der Vermächtnißnehmer die Sache veräußert hatte, schon wegen der Catonianischen Regel §. 10. J. 2. 20. l. 41. §. 2. D. 30. Arndts im Rhn. Museum I. Bd. 2. Hft. Bei einer bedingten Einsetzung hängt Alles von dem Eintrit der Bedingung ab. l. 98. D. 33. 1.

4) §. 6. J. 2. 20. l. 82. pr. D. 30.

5) §. 11. J. 2. 20. Mein Buch II. S. 147.

6) Der Art. 1021. des franz. Rechts verbietet das Vermächt-

solche Sache anschaffen und abgeben oder ihren Werth bezahlen muß [1]). Dagegen läßt sich allerdings die exceptio doli denken, die freilich der Excipient, der sich auf einen Irrthum beruft, beweisen mußte [2]). Allein Marcian will diesen Beweis dem Vermächtnißnehmer aufladen [3]), und diese Idee hat Justinian angenommen [4]), dagegen in gewissen Fällen der Billigkeit ihn wieder zurückgenommen, namentlich

a) wenn es einem nahen Verwandten, der Gattin oder sonst Jemanden, welchen der Testator besonders wohl wollte, hinterlassen war [5]).

b) Wenn der Fiduciar ein Prälegatar ist und sonst Nichts aus der Hinterlassenschaft erhält [6]).

Nur ausnahmsweise kann der Onerirte mit der blosen aestimatio davon kommen [7]).

§. 733.

Von dem Vermächtnisse jener Sachen, worauf ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht liegt.

Man muß hier vor Allem die Prädialservituten, und das Recht des Nießbrauches und des Pfandrechtes unterscheiden [8]), weil,

a) wenn Nichts im Testamente besonders zugesichert ist,

---

niß einer solchen Sache — wohl aus Irrthum, denn als bedingtes Vermächtniß kann es wohl bestehen.

1) Gajus II. 202.

2) l. 67. §. 8. D. 30.

3) l. 21. D. 22. 3.

4) §. 4. 5. J. 2. 20.

5) l. 10. Cod. 6. 37.

6) l. 72. D. 36. 1.

7) Mein Buch S. 150. nicht entgegen steht cap. 5. X. 3. 26.

8) l. 69. §. 3. D. 30.

Niemand haftet [1]), dagegen, wenn das Grundstück als liber prästirt werden soll, auch solche Gerechtigkeiten prästirt werden müssen [2]).

b) Bei dem Nießbrauche und dem Pfandrechte aber kömmt es darauf an, ob sie dem Erben oder sonst Onerirten, oder dem Vermächtnißnehmer oder einem extraneus zustehen.

Im ersten Falle muß der Gegenstand dem Vermächtnißnehmer frei prästirt werden, d. h. der damit Onerirte kann sich seines Rechts wegen nicht auf die exceptio doli berufen [3]).

Im andern Falle trit wegen des ususfructus gerade dieselbe Unterscheidung ein, die im vorigen §. vierten Absatz gemacht ist; in Hinsicht des Pfandrechtes hört wohl dieses auf, aber die Foderung geht damit keineswegs unter [4]). Nur folgende Interpretationsregeln gelten,

a) wenn der Testator ausdrücklich compensiren wollte,

b) wenn das Pfandrecht von einem Dritten aufgelegt ist, wo der Erbe nicht einmal das Pfandrecht abzulösen schuldig, sondern nur die Sache zu verschaffen pflichtig ist.

Der Standpunkt ad b. ist zu präsumiren, der Standpunkt ad a. aber muß von dem Onerirten bewiesen werden.

Wenn endlich der Nießbrauch oder das Pfandrecht einem extraneus zusteht, so ist die Sache klar, aber nur, wenn der Testator die Rechte des Andern kannte, was der Vermächtnißnehmer beweisen muß, findet die Ablösung statt. Der Testator kann aber auch durch eine Anordnung den Legatar dazu verbinden [5]). —

---

1) Bei Geschäften inter vivos nur soferne das ädilitische Edict begründet ist.

2) Uti optimus maximusque.

3) l. 26. D. 31. l. 76. §. 2. D. 31.

4) l. 85. D. 31.

5) §. 5. J. 2. 20. und die beiden schwierigen Stellen l. 66. §. 6. D. 31. l. 57. D 30. Mein Buch II. S. 161 ff.

Die Vermächtnisse der Servituten, und des Pfandrechts sind schon bei diesen Rechten vorgekommen: allein die Richtung der Vermächtnisse selbst ist so wichtig, daß für den gründlichen Juristen die Betrachtung der Interpretation solcher Rechtssätze in den Quellen zu dem beßten Theile seines Studiums gehört, was aber nicht in ein solches Buch paßt [1]).

Bei der Remission dieser Rechte richtet sich Alles darnach, ob die blose Remission genügend ist, wie bei allen dinglichem Rechte, oder ob der Onerirte blos obligirt wird [2]).

§. 734.

Von den Foderungslegaten im Allgemeinen und a) vom nomen legatum insbesondere.

I. Es versteht sich, daß der Erbe oder ein sonst Onerirter auf jede Weise angehalten werden kann, einem Dritten etwas zu leisten. In dieser Hinsicht trit das ganze Gebiet des Obligationenrechts in die Legate, die überhaupt eine Wiederholung des römischen Vermögensrechts in der Constituirung mortis causa sind. In solcher Richtung ist es hier nicht anders, wie bei der donatio unter Lebenden und alle diejenigen, welche dem Begriffe der Schenkung eine allgemeine Stellung und Bedeutung gegeben haben, hätten dasselbe auch bei den Legaten anerkennen müssen.

Eben deshalb sind bei den Römern auch die Ausdrücke dare auf der einen, und reddere, tradere, restituere, exhibere, sinere, praestare so wichtig, wenn gleich in der deutschen Jurisprudenz selbst nichts davon abhängen kann. Es versteht sich, daß aus solchen Anordnungen eine

---

1) II. S. 168 ff.

2) II. S. 213 ff.

actio personalis ex testamento kömmt, die ebenso, wie jede andere Personalklage realisirt wird.

II. Nunmehr kömmt der andere Richtungspunkt, wornach schon bestehende Obligationen zum Gegenstande der Vermächtnisse gemacht werden können.

a) Nomen legatum[1]). Unter nomen wird im Allgemeinen jedes Vermögensrecht verstanden, hier der Gegensatz des positiven Vermögens zu den körperlichen Sachen und den Rechten daran. Im Ganzem kam bei dem Römer auch die Idee ihrer Oeconomie namentlich der argentarii, und insbesondere des calendarii jeder wohlhabenden Person in Betracht, was freilich für uns keine Bedeutung mehr hat, so daß jetzt blos im Allgemeinen unter nomen das Verhältniß einer bestehenden Foderung verstanden wird. Wenn nun

1) die obligatio blos naturalis ist, dann ist nur dasjenige vermacht, was der Schuldner dereinst zahlen wird[2]).

2) Eine gar nicht begründete Obligation kann aber zu der Zeit, wo die Anordnung geschieht, nicht vermacht werden; sie würde denn als eine Foderung sub conditione oder sub die erscheinen[3]). Daraus folgt,

4) daß der eigentliche Gegenstand des Vermächtnisses abgesehen von Nr. 1. eine Klage ist, und daß daher der Vermächtnißnehmer von selbst eine actio utilis hat[4]). Man sieht übrigens hier recht deutlich, was für ein Unterschied zwischen den actiones directae procuratoriae in rem suam und der actio utilis besteht.. In Hinsicht auf die actio utilis braucht der Legatar dem Schuldner gegenüber sich nicht auf die Cession von Seite des Erben zu berufen, son-

---

1) Haubold de legato nominis. Lips. 1793. bei Wenk vol. I. pag. 497. seq.

2) l. 25. §. 1. D. 36. 2.

3) Mein Buch II. S. 237. l. 46. D. 31.

4) l. 18. Cod. 6. 37.

dern es genügt, daß er anführt und nachweißt, Legatar zu seyn [1]).

Auch bei diesem Vermächtnisse ist es so, daß der dies gleich mit dem Tode des Erblassers cedirt, also das Legat geht gleich über [2]), aber sowohl die alte Klage, ut actiones praestentur, wie die neue actio utilis finden erst mit der Erbschaftsantretung statt, denn die letzte kann der ersten nicht voreilen. Bei einem bedingten Vermächtnisse dieser Art galt Recht und Klage erst mit der Bedingung: dagegen die l. 50. §. 2. D. 31. spricht von einem legato nominis, nicht von einer Bedingung, jedoch soll das nomen nicht eher eingeklagt werden können, bis der Erbe das Geld erhalten hat; dennoch geht hier das Vermächtniß gleich auf die Erben des Vermächtnißnehmers über [3]).

Es ist ein großer Unterschied, ob jemand eine Sache oder die actio in rem darauf vermacht, denn im ersten Falle muß der Onerirte, wenn die Sache abgestritten wird, aestimationem rei prästiren, im andern Falle ist er nur die Klage selbst abzutreten verbunden. Es gibt daher noch eine dritte Art des Vermächtnisses, wo der Onerirte den Prozeß auf eigene Kosten führen muß, und nur für diesen Fall bestimmt die Nov. 112. c. 1. daß der Legatar interveniren darf. Es sind daher hier drei verschiedene Standpunkte zu unterscheiden.

Bestünde eine alternative obligatio und der Schuldner hätte die Wahl, der Testator aber hätte nur das eine Object vermacht, so kömmt es darauf an, ob der Testator dies per demonstrationem oder per conditionem gethan hat, denn im letztern Falle hängt es davon ab, was der Schuld-

---

1) Siehe besonders mein Buch II. S. 265.

2) l. 19. §. 3. 4. D. 36. 2.

3) Mein Buch II. S. 258. Ebendaher ist auch die l. 50. §. 1. D. 31. zu erklären, wo nur dasjenige Legat gilt, welches bezahlt wird. mein Buch II. S. 243. siehe auch die zweitnächste Note.

ner bezahlt: keineswegs aber ist die Schuld erlassen, und hier bleibt also Nichts übrig, als den Erben nöthigenfalls klagen zu lassen, oder hier die directe Klage sich cediren zu machen, mit nöthiger Vorsicht für den Erben [1]).

Wird das nomen vom Testator vor seinem Tode ohne juristische Nothwendigkeit eingezogen, so muß auch hier im Zweifel die Ademtion angenommen werden, wenn nicht eine besondere dem Legatar günstige und zu erweisende Intention vorliegt [2]).

§. 735.

b) liberatio legata.

Im allgemeinen Sinne des Wortes kommt dies Vermächtniß auch in der Richtung auf dingliche Rechte vor, hier aber handelt es sich nur von der solutio obligationis und zwar das Wort obligatio in seiner doppelten Richtung als Schuld und als Pfandverhältniß verstanden. Wenn übrigens die liberatio von der Verpfändung vermacht wird, so ist dadurch nicht etwa stillschweigend auch die liberatio von der Hauptschuld geschehen [3]).

In der weitern Richtung des legati der Liberationen kann aber nicht nur der Schuldner des Testators, sondern auch der des Erben, ja sogar der eines Dritten frei werden [4]). Vor Justinian konnte, wenn ein Bürge als Selbstschuldner bestand, so verfügt werden, daß wohl der Hauptschuldner frei werde, nicht aber die andere Person weil sie Selbstschuldner war, indem es in dem Willen des Gläubigers

---

1) Daher incerti actio l. 75. §. 4. D. 30. wird ein Legat von zweien Correalschuldnern verschiedenen Personen vermacht, so muß der Onerirte demjenigen, der nicht bezahlt wird, die aestimatio geben l. 82. §. 5. D. 30. l. 13. pr. D. 31.

2) l. 11. §. 13. D. 32. mein Buch II. S. 268. ff. l. 102. D. 32. Smallenburg tom. V. p. 343.

3) l. 1. §. 1. D. 34. 3.

4) l. 8. D. 34. 3.

stand, diesen oder jenen auszuklagen, was also der Testator in seiner Anordnung ausdrücken und folglich wählen konnte [1]); allein durch Justinians Abänderung ist, mit der Erlassung der Hauptforderung auch die Intervention des andern Theils aufgehoben, weil dieser erst expost verklagt werden kann. Und so gibt es viele Stellen im römischen Rechte, die gegen den Willen Justinians erst auf historischem Wege ihr wahres Licht erhalten.

Bei diesem Legate liegt dem Erben auf, den Schuldner auf das beßte nach der Form der obligatio zu liberiren: thut er dieses nicht, so steht dem Schuldner eine exceptio doli zu. Wäre der Gläubiger ein Dritter, so nützt dem Schuldner freilich die exceptio doli Nichts, wenn nicht der Gläubiger aus der Erbschaft bedacht wäre; es bleibt dem Schuldner hier nichts übrig, als unter Umständen das Interesse von dem Erben zu verlangen [2]).

Immer aber kömmt es darauf an, ob die Liberation eine Befreiung in rem oder in personam ist; das erste wird angenommen, denn wenn Jemand den Schuldner nicht gänzlich befreien will, wenn er die correi nicht befreien will, so muß er im Testament dieses ausdrücken: nur wenn die correi socii sind, oder bei der accessorischen fidejussio, wenn der Bürge eine actio mandati zum Rückgriffe hat, wird die Befreiung eine allgemeine seyn, weil sie sonst ohne Wirkung wäre [3]). Der letzte Punkt ist bei uns freilich schon dadurch entschieden, daß der Bürge gar nicht belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner nicht zu belangen ist: nur in dem einen Falle also, wenn der Hauptschuldner nicht auszuklagen ist, könnte ein Bedenken entstehen, weil hier auch die actio mandati des

---

1) l. 2. D. h. t.

2) Meine Zeitschrift II. Bd. S. 32.

3) l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 1. D. h. t.

Bürgen demselben nichts helfen würde. Im Ganzen aber wäre dann hier in der Regel gar nichts vermacht, sondern nur eine gesetzliche Folge ausgedrückt.

Wenn das Vermächtniß auf eine Foderung des Erblassers geht, so ist die Anordnung nur gültig, wenn die Foderung vom Erblasser bei seinem Leben nicht eingezogen ist [1]).

Wenn das Vermächtniß auf eine Foderung des Erben geht, so richtet sich Alles nach der Zeit der Testamentseröffnung [2]). Der Jurist sagt: was der Schuldner des Erben bezahlt hat, so lange der Erbe nichts vom Legate weis, ist gültig bezahlt; wenn aber der Erbe das Legat kennt, und die Zahlung doch fordert oder annimmt, so haftet er aus seinem dolus. Ferner heißt es, ein solches Legat müsse so genommen werden, als habe der Testator nur das erlassen wollen, was seiner Zeit noch unbezahlt sey. Diese Zeit aber ist keine andere, als die des Erbschaftsantrits, wo der Erbe ja erst zu den Legaten verbindlich wird. Hätte der Schuldner nicht auf die Einfoderung des Gläubigers bezahlt, sondern vor der Zeit aus Irrthum, so entsteht die Frage, ob der Schuldner die condictio indebiti wegen seines Irrthums habe, und obgleich strenge genommen auf eine frühzeitige Zahlung diese Klage nicht geht, so nimmt man doch gewöhnlich wegen l. 26. §. 7. D. 12. 6. in unserm Falle die condictio an. Anders steht freilich die Sache, wenn der Schuldner des Erblassers an den Erblasser zahlt, denn damit ist das Legat aufgehoben.

Wenn der Schuldner einem Dritten schuldig ist, so ist eigentlich ein doppeltes Vermächtniß da, wenn auch nicht in der Absicht, doch in der Wirkung [3]). Dies trit in der Klage hervor, denn wenn hier der Erbe verklagt wird, so

---

1) l. 7. §. 4. D. h. t.
2) l. 24. 26. §. 7. D. h. t.
3) l. 3. §. 4. 5. D. h. t.

braucht er dem Gläubiger nicht eher zu bezahlen, als bis dieser Caution leistet, daß der Schuldner sich nicht ebenfalls ex testamento gegen den Erben wende [1]). Ebendeshalb muß aber auch der Erbe zahlen, selbst wenn der Gläubiger nicht klagte, und der liberirte Schuldner hat deshalb eine Klage [2]).

Eine große Verschiedenheit trit zwischen dem nomen und der liberatio in der Interpretation ein [3]), während Andere Alles auf den Gegensatz zur liberatio legata und zu dem debitum legatum werfen [4]). Gewiß ist

1) daß, wenn ich Jemanden 1000 Fl. vermache, welche mir der X schuldig ist, das Legat ungültig ist, wenn mir der X nichts schuldig ist [5]).

2) Gewiß ist, daß wenn ich 1000 Fl., die ich dem X schuldig bin, diesem vermache, und ich ihm nichts schuldig bin, der Erbe die 1000 Fl. doch bezahlen muß [6]).

Nun fragt es sich, wie es mit dem Falle stehe, wo ich die 1000 Fl., welche mir der X schuldig ist, diesem vermache? Hier zweifelt man, ob, wenn mir der X nichts schuldig sey, das Legat Bedeutung habe? Dieser Zweifel wird hauptsächlich genährt durch die l. 25. D. 34. 3. Vorerst hat man an der Stelle und zwar schon von der Glosse an critisch curirt [7]); einige wollen durch ein Fragezeichen helfen, andere durch logische Unterscheidung und directen Gegensatz. So nimmt man denn an:

---

1) l. 4. D. eod.

2) l. 3. §. 3. eod.

3) Einige sagen: die liberatio legata sey kein nomen legatum — andre, es sey ein nomen legatum.

4) Diese halten sich mehr an eine einzelne Stelle als an die Natur der Sache.

5) l. 75. §. 2. D. 30.

6) l. 75. §. 1. D. eod. es hängt hier von der Quantität der 1000 Fl. ab.

7) Mein Buch II. S. 294. Cujacius. Averanius. Wächter.

1) Daß bei dem legato liberationis die Conversion ohne Ausnahme unmöglich sey [1]).

2) Daß, wenn die Quantität angegeben sey, wie hier, das Legat gültig sey, außer wenn der Testator sagte: heres damnas esto non petere oder dare debitum, weil im ersten Falle Alles negativ stehe [2]), und weil im andern Falle Alles auf dem dare liege, was eine eigene Vollziehung in der gestellten conditio habe [3])?

Zugeben wird man wohl müssen, daß die alten Formen einige Bedeutung hatten, und daß wenn Alles formfrei auf das Nichtfodern gestellt war, der Vermächtnißnehmer weiter Nichts verlangen konnte! Ferner wird man wieder annehmen können, der Vermächtnißnehmer könne kein positives dare fodern, wo der angegebene Grund eine bestimmte Voraussetzung (conditio) ist. Es ist nämlich hier so, wie wenn der Testator gesagt hätte: dem X will ich 1000 Fl. geben und fodere meine Erben auf, dazu das Capital zu verwenden, welches mir der X schuldig ist [4]). Hier nämlich sehe man ja klar, was der Testator gemeint hat.

Wächter [5]) dreht die Sache um, macht diese beiden Ausnahmen zur Regel, und läßt die Gültigkeit nur zu, wenn man sieht, daß der Testator eine bloße Simulation gemacht habe.

Im geraden Gegentheile sagt nun Arndts: liberatio legata, quid aliud est; nisi nomen ipsi debitori legatum? und stellt also unsre Frage zu dem nomen legatum, wonach X nichts bekömmt, wenn er uns nichts schuldig ist,

---

1) Arndts diss. ad. h. t. 1825.

2) Paulus habe alles hier durch die Frage abgethan.

3) Thibaut bei Braun S. 696. eine Eigenthumseinräumung bedeutet das dare.

4) Noch anders — dem X will ich 1000 Fl. geben, wenn ich ihm die mir schuldige Summe überlasse.

5) Tübinger Zeitschr. Bd. II. S. 186.

also zu dem oben angegebenen Falle der Unmöglichkeit der Conversion.

Was uns angeht, so sind wir

1) nicht damit zufrieden, daß eine Conversion durchaus unmöglich sey, weil sich ja sonst die Richtung auf die Quantität in der Stelle nicht denken ließe;

2) nicht zufrieden mit der Unterscheidung der zwei Fälle, weil bei uns auf die Wortformen nichts mehr ankömmt, vielmehr Alles in der Intention liegt.

3) nicht zufrieden, daß die liberatio legata nur ein nomen liberatum sey.

Wenn man also darüber einig ist, daß, wenn in der liberatio legata, wie bei dem debitum legatum die Quantität nicht angegeben sey, und der Legatar im ersten Falle Nichts debitire, das Legat ungültig sey, so kommt umgekehrt, wenn die Quantität angegeben ist, bei dem legato debiti es darauf an, daß der Erbe bezahle, wogegen bei der liberatio legata, immer noch die Umstände in Betracht zu nehmen sind, wornach es sich fragt, ob der Testator dem Legatar wirklich bedenken wollte oder nicht, was jedoch bei uns eine quaestio facti ist, und daher die liberatio legata so wenig principmäßig zum nomen legatum, wie zum debitum legatum gestellt werden kann.

§. 736.

c) Debitum legatum.

Bei diesem Legate ist merkwürdig, daß es seiner Natur nach nur dann zu Recht bestehen kann, wenn irgend Jemand ein juristisches, d. i. pecuniäres Interesse dabei hat.

1) Der Gläubiger selbst kann ein Interesse dabei haben. Hier muß der Onerirte mit der Erbantretung gleich die Schuld baar bezahlen, und es kömmt nicht blos auf das commodum repraesentationis an [1]); denn es läßt sich

---

1) l. 82. D. 31.

wie bei einer species certa indivisa ein solches commodum oft nicht denken. Wo aber der Gläubiger Nichts für sich hat — neque modo — neque tempore, neque conditione, neque loco[1]) — da ist auch das Legat ungültig, und daß Jemand hier statt einer Klage deren zwei haben möchte, ist nicht anzuschlagen.

2) Andre können ein Interesse haben, z. B. wenn ein Erbe mit dem Legate onerirt ist, so hat der andre Erbe das judicium fam. heriscundae, und der Gläubiger hat hier ebenfalls zwei Klagen, obgleich dies nicht bestimmend für das Legat war. Ferner wird durch ein solches Vermächtniß der Bürge begünstigt[2]), auch kann, wenn der Bürge ein solches Legat anordnet, dieses dem Hauptschuldner nützlich seyn[3]), endlich kann, wenn der Onerirte ein Legatar des Bürgen ist, dieses auch den Erben des Bürgen nützlich seyn[4]). Auf diese Weise entstand der Satz: daß plus in legato, quam in debito seyn müsse, woraus von selbst folgt, daß das plus auf den ganzen Umfang des pecuniären Nutzens geht: dieses plus bildet dann zugleich ein zweites Vermächtniß, welches mit einer eigenen Klage zu verfolgen ist[5]).

Dieses Vermächtniß wurde am meisten, durch den Weg das Fideicommisses errichtet, und daher hängt soviel von der richtigen Interpretation einzelner Stellen ab, wie dieses ja bei uns das Grundprincip für die Klagenanwendung ist: daher werden solche Vermächtnisse oft stillschweigend begründet. Es ist kein legatum debiti, wenn der Testator dem andern soviel vermacht, als dieser ihm schuldig ist[6]):

---

1) l. 29. D. 30.
2) l. 49. §. 5. D. 30.
3) l. 49. §. 6. D. eod.
4) l. 49. §. 7. D. eod.
5) Mein Buch II. S. 305.
6) Mühlenbruch Pand. §. 752. natürlich ist die Sache immerhin facti, mein Buch II. S. 306.

kein legatum debiti, wenn der Testator die verpfändete Sache freigibt [1]) umgekehrt ist es ein legatum debiti, wenn der Vater wegen der dos, die dieser von seiner Schwiegertochter empfangen hat und herausgeben muß, nicht angesprochen werden kann — soferne er die Tochter eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse ausgestattet hat [2]). Freilich ist auch hier wieder etwas factisch; es muß nämlich angenommen werden können, daß der Vater seiner Tochter den Betrag der ihr schuldigen dos vermacht hat [3]). —

§. 737.

Vermächtnisse, welche sich auf eine dos beziehen.

I. Vom legatum dotis constituendae. Eigentlich ist dieses in keiner Hinsicht ein eigenes Legat: sowie überhaupt in diesem ganzen §. nur Wiederholungen bekannter Legatsformen unter einer besondern Richtung vorkommen. Es ist also hier ein gewöhnliches Vermächtniß vorhanden mit einer Bedingung oder Zweckbestimmung. Die dos kann dem Mädchen oder dem Manne zugewendet seyn. Im ersten Falle muß auch die dos erst förmlich bestellt werden [4]): im andern Falle war es eine Streitfrage unter den römischen Juristen, ob der Mann unmittelbar die Klage habe, und sich die dos gleichsam selbst bestellt [5]), oder ob auch hier

---

1) Wieder facti, mein Buch S. 306.

2) l. 22. §. 3. D. 24. 3.

3) Mein Buch II. S. 307. Wenn eine bedingte oder betagte Schuld vermacht wird, und Bedingung oder Zeit bei dem Leben des Testators eintrit, so soll das Legat keineswegs ungültig seyn, wie grgen Paulus l. 82. pr. D. 31. nach Papinian l. 5. D. 35. 2. Justinian entschieden hat §. 14. J. 2. 20.

4) l. 77. §. 9. D. 31. Westphal von den einzelnen Vermächtnissen §. 274. Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 88.

5) Wenn die Bedingung erfolgt ist oder er wegen des modus Caution stellt. l. 48. §. 1. D. 23. 3. l. 71. §. 3. D. 35. 1.

die Frau klagen konnte[1]), um darauf die Dotalbestellung vorzunehmen, oder ob sowohl Mann als Frau jeder in seiner Art klagen könne. Eigentlich sollte nach der alten Formularjurisprudenz nur derjenige klagen, welcher in der Formel genannt war; aber allmählig nach dem Erfolge ließ man die Concurrenz der Klagen zu[2]), was bei uns und unserer veränderter Rechts- und Prozeßlehre gar keinen Zweifel hat.

II. Vom legatum dotis restituendae. Hiervon muß man vor Allem den Fall unterscheiden, wo der Schwiegervater seinem Sohne etwas vermacht hat, um die dos an die Schwiegertochter dereinst zurückzustellen. Diese nämlich hat Anspruch an die Erben des Schwiegervaters und der Sohn muß deshalb dem Erben Caution stellen. Die Frau braucht also auch nicht zu warten, bis das Legat dem Sohne gezahlt ist, wobei freilich der Mann sein Legat verlieren kann[3]). Die Frau hat also hier keine Legatsklage, sondern es ist entweder eine demonstratio oder conditio, die nur darauf geht, daß der Mann sein Legat nur fodern kann, wenn die dos noch im Vermögen des Erblassers ist. Im Laufe der Zeit hat man freilich die Fideicommißrichtung auch zu Gunsten der Frau hier zugelassen, und ihr eine actio de dote utilis gegeben, wenn sie gegen die Erben nicht durchgreifen kann, auch sollen die Erben, welche gezahlt haben, wenn der Mann nicht Caution geleistet hätte, gegen ihn doch Regreß nehmen können[4]).

Nunmehr kommen die 3 Formen der Legate.

1) Das legatum nominis, d. h. derjenige, welchem das Zurückfoderungsrecht der dos zusteht, kann dies Recht einem andern legiren[5]).

---

1) l. 69. §. 2. D. 30.

2) l. 71. §. 3. D. 35. 1. Hasse §. 89. Schulting ad l. 69. §. 2. D. cit. od. zu l. 71. §. 3. D. cit.

3) l. 7. §. 1. 3. D. 33. 4. l. 1. §. 11. D. eod.

4) l. 7. §. 4. 5. D. eod.

5) Mein Buch II. S. 315.

2) Die liberatio legata, wodurch der zur Restitution Verpflichtete befreit wird[1]), und die exceptio doli trifft auch den Dritten, der sich den Rückfall stipulirt hat, sofern er die dos nicht bestellt hat, und die Frau den Mann überhaupt befreit.

3) Das debitum legatum — mit Recht auch relegatum genannt, weil die gewöhnliche Schuld der Frau zurückvermacht wird — wohl auch praelegatum etwa nach dem Verhältnisse zum peculium praelegatum[2]). Dieses Legat besteht in 2 Theilen:

a) dotis legato inest, quod actioni de dote inerat,

b) plenius est legatum, quam de dote actio[3]).

ad a. Der Mann ist hier an sich gebunden, indem er nur aufgeben kann, was seines Privatrechtes ist, nicht aber etwas an den ex jure publico gegebenen Sätzen verändern kann[4]), ja die Frau muß auch die Verbindlichkeiten tragen, die auf der actio de dote liegen[5]), das legatum dotis darf auch die Zeit nicht überschreiten, die mit der actio de dote eingehalten werden muß[6]). Im Ganzen sind also die actio de dote und ex testamento *electiv* concurrirende Klagen, und damit hängt auch historisch das edictum de alterutro zusammen[7]).

ad b. Die Vortheile sind, daß die dos gleich mit des Testators Tode restituirt werden muß, und nicht in 3jährigen, auch nicht in einjährigem Termine[8]). Ferner daß unter Umständen auch die Klagen wegfallen[9]), die wegen Er-

---

1) l. 11. D. h. t. Cujacius tom. VII. pag. 1422.
2) *Mein* Buch II. S. 317.
3) §. 15. J. 2. 20.
4) l. 1. §. 1. D. h. t.
5) l. 1. §. 15. D. h. t.
6) l. 4. D. eod. *mein* Buch II. S. 323.
7) l. 53. 31. *mein* Buch II. S. 525. ff.
8) l. 1. §. 2. l. 3. D. h. t. l. un. §. 7. Cod. 5. 13.
9) Es ist ein Verzicht auf diese Klagen, dann *mein* Buch II. S. 330.

satzes stattfinden, und wofür in den früheren Zeiten Retentionen begründet waren, die man wegen der impensae necessariae auch jetzt noch zulassen will, weil sie das Capital der dos ipso jure mindern. Ja man war hier so weit gegangen, zu behaupten, ein Dotalfundus könne durch das Uebermaaß des Aufwandes aufhören, Dotalfundus zu seyn [1]). Freilich wird noch in facto zu untersuchen seyn, ob der Mann, der nur Dotalgrundstücke hatte, nicht auch diese Abrechnung erlassen, d. h. darauf verzichtet hat (exactio l. 1. §. 3. D. h. t.) was nur dann nicht der Fall ist, wenn eine ganze universitas mit Geld und andern Rechten vorhanden ist [2]), oder wenn nicht der Mann seiner Frau die dos prälegirt, sondern wenn ein Dritter den Mann zum Erben einsetzt, diesem aufgebend der Frau soviel auszubezahlen, als sie ihm dotis nomine zugebracht hat [3]).

---

1) l. 56. §. 3. D. 23. 3.
2) l. 1. §. 4. D. h. t.
3) l. 46. §. 1. D. 31.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Paragraphen. Der erste Band geht von §. 1 — 197; der zweite von 197 — 511; der dritte von 511 — 737.

A.

Abortus 79.
Abusus 279.
Absentia 67.
Acceptilatio 415.
Accessio 254 — 256.
Accessorisches Recht als Pfandrecht 301, ferner unter den Obligationen.
Accidentalia eines Geschäfts 26.
Accrescenzrecht in der Erbschaft 654.
— — bei d. quer. inoff. test. 562.
— — bei d. ususfructus 660.
Acquisitio siehe Erwerbung
Actienvertrag 439.
Actiones adjectitiae qualitatis 385.
— — acdilitiae 432.
Actio aestimatoria s. Contractus aestimatorius s. auch Injurien.
— de albo corrupto 498.
— aquae pluviae arcendae 493
— ex L. Aquilia 495.
— arbitraria 59.
— de arboribus caesis 499.
— bonae fidei, stricti juris 342, 353, 358.
— — Was ist jetzt noch davon übrig 393, 394.
— Calvisiana et Faviana — quasi 564, utilis 144.
— communi dividundo 454.
Actio confessoria, negatoria 287.
— de constituta pecunia 504—507.
— depositi 482.
— doli 497.
— de dote 122 — 124.
— de effusis et dejectis 496.
— emti, venditi 428.
— de eo quod certo loco 356.
— exercitoria 386.
— ad exhibendum 490.
— familiae herciscundae 672.
— finium regundorum 455.
— furti 500.
— hypothecaria, nicht identisch mit d. quasi serviana 313.
— institoria 385.
— quod jussu 157, 385.
— locati, conducti 440.
— de magistratibus conveniendis 87.
— mandati 485.
— quod metus causa siehe restitutio und interdictum quod vi aut clam besonders 497.
— momentariae possessionis 228.
— adversus nautas caupones, stabularios 502.
— negotiorum gestorum 489.
— noxalis 496.
— bei den Obligationen im Allgemeinen 353.
— de partu agnoscendo 108.

Actio Pauliana 54.
— de pauperie 502.
— de peculio 157, 385.
— perpetua, temporalis 43.
— praejudicialis 59, 61.
— praescriptis verbis 388.
— Publiciana in rem 247.
— quanti minoris 433.
— de rationibus distrahendis 187.
— de recepto 496, 502.
— radhibitoria 433.
— rei judicatae 421.
— de in rem verso 157, 385.
— rerum amotarum 125.
— Serviana, quasi Serviana 298, 313, 319.
— syndicatus 496.
— de tigno juncto 219.
— tutelae directa, contraria, utilis 186, 188.
— utilis — bei dem Niesbrauch 289, bei dem Pfandrecht 313, bei der Cession 383, 384, a) speciell gegeben, b) allgemein verfügt.
— siehe auch condictio, vindicatio, cognitio, interdictum.
Addictio in diem 434.
Ademtio bei Testamenten und Legaten im Gegensatz der resolutio 575.
Aditio s. Antretung.
Adminicula 26.
Adoptio 143 — 147.
— nach älterm Recht 144.
— nach neuerm Recht 146.
— plena, minus plena 146.
— durch Weiber 147.
— Succession ab intestato 524.
Adstipulatio 400.
Adulterini 92.
Aequitas 15.
Aestimatio damni 351.
Aestimatio obligationis 343.
Affectionsinteresse 248.
Affines 93, primi, secundi, tertii gradus.
Afterservitut 274.
Agnati 92.
Agri arcifinii 254.
Aleatorische Verträge 459.
Alienatio s. Veräußerung.
Alimentenvertrag 467.
Alluvio 254.
Alter 80.
Alumni 147.
Alveus derelictus 254.
Amortisation 421. S. 411. Not. 2.
Analogie 14.
Anastasiana lex 384.
Anatocismus 346.
Animus possidentis 215.
Annus 46.
Anrüchtige Personen 82.
Antipherna, s. donatio propter nuptias.
Antichresis 318. Genießt der antichresische Gläubiger die Früchte als Pfandgläubiger, oder durch einen besondern Vertrag? 505.
Antretung der Erbschaft 634.
— durch Andre 640.
— Form ders. 641.
Anweisung s. Assignatio.
Apertur eines Testaments 633.
Apocha s. chirographum 473.
Arbitrium judicis 15, besonders bei der Erbtheilungsklage 673, 674.
— tertii in letztwilligen Anordnungen 572.
Arbitrator beim Kauf — und sonst in zweiseitigen Geschäften 426.
Arrest 72.
Arrha 408.
Arrogatio 144.
Ascendenten, ihr Erbrecht ab intestato 527, 529.
Assecuranz 439.
Assignatio 379, 488.
Auftrag 485.
Auslobung 112.
Auspfändung 309.
Ausspielgeschäft 459.
Aussteuer s. dos.
Aut duc aut dota 112.
Aversio s. Kauf per aversionem ferner bei der Miethe oneris aversi actio.
Avulsion 254.

B.

Bannus edictalis 103.
Bedingung siehe conditio.
— bei der Antretung der Erbschaft 639.

Bedingung, Auslegung derselben bei der Erbschaft 582.
— bedingte Succession 514.
— mortis causa 575.
— in Folge der suppletorischen Querel 563.
— Zeit 581.
Beerdigungspflicht 469.
Beneficia juris romani 38.
Beneficium competentiae 123. 354.
— deliberandi 635—637.
— divisionis a) ex epistola Hadriani b) ex nov. 99, 373. Nr. II.
— excussionis beim Pfandrecht 319. bei der Bürgschaft 508.
— inventarii 638.
Besitz 213—229.
— Arten 225.
— nach deutschem Recht 229. — Das canonische Recht setzt den factischen Besitz dem deutschen gegenüber als summarium dem ordinarium. Das letzte ist aber kein interd. retinend. possess., das erste aber ein interd. de vi 229. — Wie verhält sich das interd. retin. poss. zum sumariissimum 229.
— Eintheilung 218.
— Erhaltung 222.
— Erwerbung (animo, corpore, manibus, pedibus, sedibus) 220.
— — durch Stellvertreter.
— Fortsetzung 222.
— bei Servituten — persönl. 275. continuirliche, nicht continuirliche Serv. — Römisches, canonisches Recht dabei.
— Verlust 223.
— — durch Stellvertreter 224.
— Object und Subject 215, 216.
Betrug bei der Antretung der Erbschaft 639.
— bei letztwilligen Anordnungen 574.
— Bei Verträgen 405.
Bevollmächtigung s. mandatum.
Beweis 73.
— Last, Mittel 74.
Blinde, deren Testament.
Bona vacantia s. fiscus.
Bona fides bei der Verjährung 264; bei d. Exstinctivverjährung 47.
Bonorum possessio 519—521.
— — bei dem test. militis] 624.
— — zum Zwecke der Antretung 642.
Bonum initium bei Servituten 291.
Briefe, Geschäfte durch Briefe 401. oder unter Abwesenden.
Buchhändlervertrag 439.
Bürgen. — Solidarität ders.; warum? 371.
Bürgschaft 507.

C.

Caducum s. fiscus.
Canon 295.
Caput, capitis deminutio 82.
Captatio im Testamente siehe conditio.
Castratus bei d. Adoption 145.
— bei der Ehe 98.
Casus beim Eigenthum 245.
— bei der mora 361.
— bei Obligationen a) bei den unbestimmten 338.
— — — b) bei alternativen 339.
— — — c) bei der species 350, 395.
— bei Verträgen 395.
Catoniana regula 717.
Causa omnis 208.
Causa bei Verträgen, a) formalis bei Stipulationen und Literalcontracten, was nicht mehr gilt.
— — b) materialis oder Verbindungsgrund und zwar α) im allgemeinen donandi solvendi, credendi causa (siehe auch Schenkung) 397; β) insbes. entweder eine res oder praestatio, oder doch certus contractus z. B. auf öffentliche Ansprüche und Sitten 387, 388.
Causae cognitio bei der arrogatio.
Cautela Muciana 119.
— Socini 562. 563.
Cautio damni infecti 470, 471.
— bei den Legaten und Testamenten siehe missio.
— Muciana 579.
Cautio beim Unsufructuar 281.

Cautionsleistung, Pflicht dazu s. stipulatio necessaria.
Certa causa 703.
Certa persona 701.
— res 702.
Certum judicium testantis 570.
Cessio 377, 378.
Cessio von Ansprüchen, a) litigiosae 381.
— — — b) von natürlichen 380.
— — — c) zweifelhafter 380.
— dinglicher Klagen 380.
— Gegensatz zur novatio u. s. w., doppelte Klagen 379.
Chirographum 74. 473.
Classen bei der Intestaterbfolge 525.
Classification der Gläubiger 52.
Clausula cassatoria vel derogatoria 627.
— codicillaris 630. not., bes. 684, 721.
— militaris 622.
— rebus sic stantibus 401.
Clausulae bei Einsetzungen 587.
Codex Gregorianus, Hermogenianus 16. I.
— Justinianeus 16. I.
— Theodosianus 16. I.
Codicill 542.
Codicillarsystem 542.
Codicille, mehrere neben einander 617.
Codicillform 617.
Cognatio, duplex, civilis, naturalis, legitima, spiritualis 72.
Cognitio 59.
Coheredes siehe Accrescenzrecht, Collation, Theilung.
Collateralen, ihr Intestaterbrecht 528—532.
Collatio 652, 653.
Collegia 89.
Collegatarii siehe Accrescenzrecht, Prälegat.
Collision der Rechte 50.
— der Verlöbnisse 98.
siehe ferner Pfandrecht. Obligationen. Concurs.
Commission 439, 488.
Commissoria lex 435.
— beim Pfandrecht 314.
Commixtio 257.
Commodat 481.
Commodatum, depositum in solidum 371.
Commorientes 81.
Communio 354.
Communio omnium bonorum usufructuaria 136. s. Gütergemeinschaft.
Compensatio 422.
Compossessio 216.
Compromissum 458.
Computatio civilis, naturalis 46.
Concessionen 37.
Concubinat 95.
Concurrenz und Collision der Rechte 50.
Concurs der Gläubiger 51—54. mit dem Pfandrecht 325; universalis 328, 329, 330.
Concursus duar. causarum lucrativarum 419.
Condemnatio in id quod quis facere potest siehe benef. compet.
Condictio im allgemeinen, certi, und die übrigen Condictionen 450. bes. zur bona fides.
— altes System, vor und sodann mit dem Formularproceß; generalis 474.
— ob causam datorum 477.
— sine causa 479.
— ob turpem causam 478.
— furtiva, rerum amotarum 394, 480.
— indebiti 475, 476.
— Iuventiana 472. s. auch mutuum, Darlehen.
— triticaria 357.
Conditio 26— 28.
— captatoria 578.
— casualis, promiscua, potestativa 27, 579, 580.
— contra bonos mores, c. jus publicum 576.
— derisoria 576.
Conditio difficilis 27.
— impossibilis 27, 575.
— necessaria 577.
— pendet existit, deficit 28.
— perplexa 576.
— possibilis 27, 579, 580.
— praesens, in praetertum 26.
— praepostera 576.
— suspensiva, resolutiva 27, 234.
— tacita 577.

Conditio bei Verträgen 408. f. auch Erbeinsetzungen, Vermächtnissen.
Condominium 235.
Contessum 73.
Confirmatio der Rechtsgeschäfte 20.
Confusio 292, 417.
— in Folge der Erbantretung 642.
Conjunctio bei Erben 655.
— re bei Erben 657. bei Vermächtnissen 659.
— verbis insbes. 656, bei Vermächtnissen 658.
Consensbrief bei dem Pfandrecht
Consensualobligationen. Gibt es hier durch ein pactum eine Correalobligation? 368. — Ausnahmen unter den Materialcontracten.
Consensus expressus, tacitus, fictus, praesumtus 22.
— facit nuptias 164.
— bei Geschäften Dritter 23.
— des Vaters bei der Ehe nach röm., kath., prot. Eherecht 100, 105, 199.
Consolidatio 292.
Constitutum debiti proprii, alieni 504, 507.
— possessorium 221.
Consuetudo f. Gewohnheit.
Contractus und pacta 391, 392. f. Vertrag.
— aestimatorius, suffragii 396, 439. 460.
— socidae 447.
Contubernium 93.
Contutores 181.
Convalescenz der Rechtsgeschäfte 21.
Conventionalstrafe 408.
Conventiones f. contractus.
Copula carnalis 103.
Corporationen f. Gemeinheiten.
Corpus juris canonici 4, 16.
— romani 1, 3, 16.
Correalis obligatio 573
Correalschuldner und Correalgläubiger untereinander 374.
Correus f. in solidum.
Creditor im allgemeinen obligatio in specie res creditae f. mutuum — animus credendi.
Culpa im Allgemeinen 33, 495.
— bei der vindicatio 245.
— bei hereditatis petitio, namentlich bei d. Fideicommissen 689.
— bei Obligationen 339, 409.
Cura (furiosi, minoris, pupilli, prodigi) 174.
— Beendigung 193.
— Bestellung 193.
Curator, Consens bei Geschäften der minores 190.
— hereditatis jacentis; welcher Klage ist er unterworfen? 515.
— wirkt er zum Testiren 543.
Custodia 33, 411.

D.

Damnum 33, 375.
— infectum 470, 471.
Darlehen 472.
Datio in solutionem 354.
Debitor, der eine Sache gibt oder Geld bezahlt f. obligatio, aestimatio.
Deductio in domum 104.
Delation der Erbschaft 516.
Delegatio 416.
Delicta privata 499.
— bei mehreren Delinquenten 375.
Demens f. furiosus.
Demonstratio 30.
— bei Testamenten f. nudum praeceptum.
Denunciation beim Pfandverkauf 314.
Denunciation als Form der Litiscontestatio, namentlich jetzt bei der Evictio 431.
Depositum 482
— irregulare 483.
Derelictio bei Eigenthum, Servituten, Pfandrecht 922, bei d. Emphytheusis 296.
Descendenten — ihr Intestaterbrecht 526.
Diebstahl f furtum.
Dienstvertrag 445.
Dies cedit, venit. 514, 704, 705.
— intercalaris 46.
— interpellat pro homine f. mora.
— solutionis 360.

Dies siehe Verträge, ferner Erbeinsetzungen, Vermächtnisse.
Digesten s. c. j. r.
Diligentia 33, bes. aber 411.
Dilucida intervalla s. furiosus.
Dingliches Recht 35.
Dispensatio 37.
Dispositio in Folge der Erbantretung 643.
— parentum inter liberos 610. s. testamentum.
Divortium 106.
Dolus 409, 497. s. Betrug.
Domestici testes 122.
Domicilium necessarium, voluntarium 84.
Dominium s. Eigenthum.
— directum, utile 233.
— dormiens 236.
— eminens rei publicae 232.
— ex jure Quiritium und in bonis esse 230.
— revocabile tunc vel nunc 235.
— subalternatum, utile ein Theil des in bonis esse t. 230. Not. 4.
Donatio s. Schenkung.
— zwischen Ehegatten 126.
— inofficiosa 565.
— mortis causa 618. 619. Verhältniß der Schenkung im röm. R. zu dem einseitigen letztwilligen actus.
— propter nuptias 127.
— als traditio animo donandi ist keine obligatio. Als solche galt sie als stipulatio — später als pactum, im letzten Falle als b. s. negot. 253.
Dos 110—125.
— adventitia, profectitia 111.
— Ablieferungszeit 112.
— aestimata, non aestimata, vendit. c. aest. 116.
— Bestellung ders. 111, 112.
— Beweis der illatio 122.
— Eigenthum daran während der Ehe 114, 115.
— evictio ders. 114.
— necessaria, voluntaria 111.
— Privilegien 124, bei dem Pfandrecht 311, 322.
— Recht ders. während der Ehe 113.
— receptitia 120.
Dos Restitution 120; Object dabei 121.
— Restitutionspflicht während der Ehe 117.
— Retention 123.
— wenn die Ehe nicht erfolgt 108.
Dotationspflicht 111, 468.
Dotalverträge 129.
Dotis datio, dictio, promissio 112.
Drohung s. metus.

E.

Edictum Carbonianum 521. siehe missio.
— de ventre inspiciendo 108.
Edition d. Urkunden s. actio ad exhibendum.
Ehe 94—138.
— Auflösung 106.
— Eingehung 104.
— Form 104.
— Hindernisse nach röm. Naturrecht 98, nach Civilrecht 100—102; Wirkung ders. 103.
— Nachtheile der zweiten Ehe 106.
— Nichtigkeit 101—104. (heilbare und unheilbare).
— Wirkungen 107.
— Zweck 96.
Eheleute. Pfandrecht ders. 311.
Ehescheidung 106.
Eheverträge 129.
Ehre s. infamia u. existimatio.
Eid s. jusjurandum.
Eigenthum (s. dominium) Begriff 230.
— deutscher Begriff 230.
— Beschränkung 237.
— Erwerbung im allgemeinen 248.
— — Beschränkung d. usucapio dabei 231.
— — bei beweglichen Sachen nach deutschem Recht 250.
— — vom Fiscus 251.
— — gesetzliche 259.
— — juris gentium et civilis 248, 249.
— — prätorische 248, 297.
— im Gegensatz zum bessern Besitz 238.

Eigenthum, deutsches Gesammteigenthum, ob es ein solches gebe? 235.
— Klage und Beweis aus dem Eigenthum 239, 243, Gegenbeweis 240, causa adjecta 241.
— Proceß bei der Eigenthumsklage 245.
— Verlust 269.
— vollkommnes d. i. ohne dominium eminens u. ohne condominium, im römischen Sinn 232.
— Vorbehalt 437.
Einheit bei der Testamentsform 604.
Einkindschaft 143.
Einreden s. exceptio.
Einquartirungslast 442.
Einwerfen des Erben s. Collation.
Eisernviehvertrag s. contractus socidae.
Eltern Verhältniß zu d. Kindern 139.
Emancipatio 162, 163.
Emancipati, ihr Notherbenrecht 555.
Embryo 79.
Empfehlung s. Mandatum.
— Emphyteusis historische Einleitung und Natur des Rechts 294.
— Verpfändung ders. 304.
— Unterschied ders. von der superficies 294.
Emtio s. Kauf.
Enterbung bona mente 567.
Enterbungsursachen der Ascendenten und Descendenten 557.
Epistola divi Hadriani 373.
Erbe s. heres.
— in re certa 588.
— Verhältniß zu den Miterbeu und Vemächtnißnehmern 589, 650.
Erben bei dem Solidarverhältnisse 373.
— bei d. Untheilbarkeit der Sache mit Rücksicht auf die aestimatio 376.
Erbeinsetzung mehrerer 588.
— mystische 588.
Erbpacht — Zeitpacht 294.
Erbrecht der Eheleute ab intestato 535 — 537.
Erbrechtsgeschichte 518. ff.
— neueste 521.
Erbtheilungsklage 672.
Erbzinsbrief, ist er nothwendig 294.
Erbzinsgut s. emphyteusis.
Erbeutung im Kriege 252.
Erbittung der Vormünder 170.
Ereption der Erbschaft s. indignus.
Erfüllungsort 356.
Erlöschung der Rechte 41.
Error 18, 19. 68. besonders wesentlicher.
— bei d. Antretung der Erbschaft 639.
— in letztwilligen Anordnungen 573.
Ersitzung 260.
— außerordentliche 267.
— Wirkung 268.
— der Servituten, und der Freiheit davon 291.
Erwerb von Rechtsverhältnissen 39. 40.
— s. auch Eigenthum, Besitz, Pfandrecht.
— von Servituten 290.
Erziehung der Kinder 139.
Evictio bei onerosen Verträgen bes. beim Kauf 430, 431.
— bei Schenkungen 464.
Exceptio non adimpleti contractus 334.
— L. Anastasianae 384.
— doli 421.
— doli bes. bei d. Cession 384.
— bei dem Eigenthum überhaupt 246.
— Scti Macedoniani 161.
— non numeratae dotis 122.
— non numeratae pecuniae 473.
— pacti 421.
— rei judicatae 58. 301.
— subreptionis 11.
— rei venditae et traditae 242.
— Scti Vellejani 509 — 511.
Exceptiones u. praescriptiones 60.
— in favorem debitoris 332, S. 248.
— gegen Obligationen im Allgemein. 332. S. 246.
— in odium creditoris 332.
Excusatio tutoris (necessaria voluntaria) 172.
Excussio 319, 508.
Executores testamenti, namentlich andere Gehilfen zur Vollziehung des Testaments 631, 632.
Exheredatio s. Enterbung.
Exhibitiones 490.

Existimatio 82.
Expensae 211.
Expromissio 416.

F.

Factor, in solidum für seinen Geschäftsherrn 372.
Factum und jus 17.
Falcidia lex 706.
— bei mehrern Erbtheilen 708.
— Berechnung der quarta Falcidia 709.
Familia deren Bedeutung im röm. R. 91.
Fehler der Sachen beim Kauf 432, 433.
Fictio L. Corneliae i. e. juris s. postliminium.
Fictiones juris s. ficta possessio i. e. interpretationis.
Fideicommissum s. Vermächtniß.
— Anordnung des Universalfideicommisses 683.
— ejus, quod superfuturum erit 682.
— hereditatis vel universale, besteht es noch 677.
— Restitution d Universalfideicommisses 685, 686, 687.
— singulare jetzt ganz gleich mit den Vermächtnissen 691 ff.
— successivum 681.
— Verbot d. Veräußerung der Fideicommißgüter 688.
— Verhältniß d. Universalfideicommissars als Erbe 690.
Fideijussio s. Bürgschaft.
Fiducia s. Pfandrecht.
Fiduciarius s. Fideicommiß.
Finden s. Occupatio, Schatz.
Fiscus Haftung seiner Beamten 86.
— seine Rechte beim Concurs 52.
— seine Rechte überhaupt z. B. bei der Eigenthumsübertragung ꝛc. 311, 313.
— wie er in bona defuncti succedirt 538.
Fixa vincta 210.
Flüsse, das Eigenthum daran: die flumina publica sind im Gebrauche juris communis 254.
Flußinseln 254.
Foenus s. Zinsen.
— nauticum 346, 473. Note 1.
Foetus s. Embryo.
Forderungen in Beziehung d. Pfandrechts 301, 329. bes. N. N. 330.
— Forderungsrecht 35.
— Nebenforderungen 302. 321.
Forderungsrecht 35.
Formen des Testamentes, Geschichte ders. 600, 601, unter Theodos III. 602, unter Justinan 603.
Formulae 56.
Franziscanerklage s. condictio triticaria .
Fructus naturales, industriales 209.
Früchte beim Eigenthum in Bezug auf den bonae und malae fidei possessor 245.
Fundus dotalis 104.
Fungibilis res 204.
Furiosus 80.
— bei der Ehe 98.
— kann er testiren 543.
— kann er erben s. bonorum possessio.
Furtiva res bei der Verjährung 263.
Furtum 500.

G.

Gastwirthe 502.
Gefahr s. periculum.
Gegenwart 84.
Geld 343. Summe, Quantität, Nominal- oder gesetzlicher, sodann Handelscurs.
Geldschulden 473.
Gemeinheiten 85.
— städtische 88, 89.
Gemeinschaft 449.
Genehmigung s. ratihabitio.
Generalis clausula, s. clausula militaris, codicillaris.
Genus. Unterschied von genus u. species 204.
— legatum s. legatum.
Gerichtsgebrauch 13.
Germanisches Recht 5, 16.
Gestio pro herede siehe aditio.
Geschäftsführung s. negotiorum gestio.
Geschwister, Recht ders. hinsichtlich des Pflichttheils 566.
Gesellschaftsvertrag s. societas.
Gesetz 11.
— Rückanwendung 12.
— Unkenntniß 68 C.

Geständniß s. confessum.
Gesundheit 80..
Gewohnheitsrecht 13.
Gläubiger s. creditor.
— beim Concurs 51.
— — Classification 52.
Grade der Schwägerschaft 93.
— der Verwandschaft 92.
— — — bei der Ehe 102.
Großjährige 80.
Grundstück s. fundus.
Gütergemeinschaft 133—138.
Güterrecht der Eheleute, deutsches 130—133.
Güterssystem der Eheleute nach röm. u. deutschem Recht 109.

H.

Habitatio 280.
Haftung des Vaters wegen der peculia 156—160.
Handlungen, erlaubte, unerlaubte, zufällige 33.
Handwerker s. operae illiberales 445, 448.
Hauptsache 208.
Hausföhne 149.
Heres s. Erbe.
— extraneus 568.
— in conditione positus 583.
Hereditas fideicommissa 679.
— jacet 515.
Herren mehrere in solidum 372.
Hoffnungskauf siehe Kauf.
Honorarium 448.
Hypotheca Unterschied v. pignus 300.
Hypothecae pactum 437.

I.

Jagd 252.
Jahr s. annus.
Id quod interest 348.
Ignoranti possessio non acquiritur 221.
Ignorantia facti, juris 19.
Immissionspfandrecht 308.
Impedimenta matrimonii s. Ehehinderhisse.
Impensae 211.
Impetratio dominii 315.
Impubes 80.
Inbegriff von Sachen, die vermacht werden 725.
Inaedificatio s. accessio.
Incapacitas 545.
Incerta persona beim Erbrecht, Legatum oder judicium certum.
Indebitum 475, 476.
Indignitas 546.
Indigni bei Betrug und Zwang 574.
Individua obligatio, servitus, pignus s. an diesen Orten.
Infamia facti, juris 82.
Infantia 80.
Injuria 501.
Inofficiosa donatio et dos 565.
Inofficiosi testamententi actio 562.
Inofficiosität 550.
Institutionen 16. 1.
Instrumenta privata, publica, indiscreta guarantigiata 74.
Intentionen der Parteien 33.
Interceßionen 506.
— d. Weiber s. Sctum Velleianum.
Interdicte 59, 61.
— possessorische 227.
— für die Servituten, de itinere actuque privato etc. 288.
— Veränderungen durch das canonische und neuere Recht 228.
— zum Schutz d. Sachen des öffentlichen Lebens 203
Interdictum de arboribus caedendis 494.
— de aqua quotidiana 288.
— de claudestina possessione 228
— de cloacis 288.
— de fonte 288.
— fraudatorium 54
— de glande legenda 494.
— de itinere actuque privato 288.
— loco publico fruendo 203. s. auch Erbpacht.
— de liberis exhibendis 140.
— de loco publico fruendo 203.
— de migrando s. Miethe.
— mortuo inferendo 203.
— de precaria possessione.
— quod vi aut clam 491
— quorum bonorum 669.
— de rivis 288.
— Salvianum 319.
— de superficiebus 297.
— de tabulis exhibendis 633.
— unde vi 228.
— uti possidetis 227.
— utrubi 227.

Intereſſe Grundſätze 348.
— Mittel der Beſtimmung 351.
— bei der Obligation 343.
— bei Zufall und culpa 349.
Interpretation 8, 9. 32.
Interusurium 365.
Intervention kömmt im römiſchen Rechtr vor als Denunciation bei dee evictio, eine Art neuer Litiscontestation.
Intestabilitas 543.
Inteſtaterbrecht, Anfang ſeiner Geſchichte 520.
— der Novelle 118. 525. ff.
— unmittelbares vor der nov. 118. 523.
Invecta et illata 128.
Inventarii jus 638.
Inventariſirung des Pupillenvermögens 178.
Ipso jure erliſcht eine obligatio ſ. solutio.
Irrthum bei Verträgen 404. ſ. error.
Itineris servitus ſ. servitus.
Juden 80.
— Ehe zwiſchen ihnen u. Chriſten 101.
Judex qui litem suam fecisse dicatur 87, 496.
Judiciale pignus 309.
Judicis officium 15.
Judicium certum in letztwilligen Anordnungen 570.
— divisorium 454, 455, 672.
— rescindens, rescissorium 66.
Juris quasi possessio 214.
Juriſtiſche Perſonen 85.
Jus abstinendi ſ. Recht der Suität.
— accrescendi 562, 654, 660.
— alternativum 340.
— commune, singulare 36.
— gentium 15.
— offerendae pecuniae 326.
— personale, reale, personarum rerum 35.
— poenitendi 387, 396, 398.
— praesens futurum ſiehe Pfandrecht von res futurae.
— protimiseos ſ. Kauf 437.
— publicum, privatum 7.
Jusjurandum assertorium, promissorium, de credulitate, de veritate 7, 76.
— in litem 75, 76, 351.
— Zenonianum 76, 351.
Juſtinianiſches Recht 3, 16. I.
Justitium ſ. praescriptio 266.
Justus titulus 264.

K.

Kauf 425 — 437.
— giebt er eine allgemeine Analogie für die Natur der Verträge 388.
— iſt er eine Eigenthumsübertragung und wann 251.
Kinder, Pfandrecht derſelben 311.
Kirchengüter bei der Verjährung 263.
Klage ſ. actio.
Klagenconkurrenz 58.
Klagenſyſtem 59.
Klagenverjährung 43.
— theodoſianiſche 44.
Koſten ſ. impensae.
Krankheit 80.
Kriegsſchaden 442.
Kündigungszeit bei d. Miethe namentlich der relocatio 446.
Kußrecht 119.

L.

Laesio enormis 432.
Laesio bei d. Reſtitution 65.
Landesgewohnheiten 6.
Landleute, deren Teſtament ſ. testamentum ruri conditum.
Laudatio auctoris 243.
Laudemium 295.
Laudum ſ. ſchiedsrichterlicher Spruch.
Lebensdauer 81.
Lebensfähigkeit 79.
Legitimatio per rescriptum principis, per subsequens matrimonium 142.
Legata ſ. Vermächtniß.
— quae pro non scriptis habentur, indignis eripiuntur, adimuntur, transferuntur, extincta sunt 716 — 720.

Legatare ihr Pfandrecht 310.
Leibrentenvertrag 439. 439.
Levis nota ſ. aestimatio.
Lex 11.
— Aquilia 495.
— Cincia 463.
— commissoria 435.
— Falcidia 706.
— Julia et Papia Poppaea ſ. caducum.
— perfecta, imperfecta, minus quam perfecta 464.
— Plaetoria 80.
— rhodia de jactu 502.
— trahenda non est ad praeterita 12.
— Voconia 706.
Liberatio 414.
— legata 418.
Libertas ſ. Eigenthum.
Libertatis actio 287.
Literariſche Arbeiten 488.
Litis aestimatio 244.
Litis contestatio 57.
Locatio conductio 440—448.
Locupletatio 332.
Locus regit actum 6.
Longa manu traditio 220.
Loos 459.
Lotterie 459.
Lucrativa causa 419.
Lucrum cessans ſ. damnum.
Luminum servitus 286. IV. und Irrthum.

M.

Magister navis 502.
Mahnung bei der Mora 860.
Mängel 432, 433.
— bei Schenkungen 464.
Mala fides bei der Verjährung 264.
— — bei der Vindication 244.
Mancipatio als Eigenthumserwerbart 298.
Mandatum 485.
— qualificatum 507.
Matrimonium ſ. Ehe.
— inaequale legaliter, pacto. 95. Not. 1.
— legitimum, ratum 104.
— putativum 103.
Mensor ſ. culpa.
Merces ſ. Kauf, Miethe.
Metalle 278.
Metus 68.
— bei letztwilligen Anordnungen ſ. Zwang.
Miethvertrag 440.
Militare testamentum iſt eine eigne Art von Teſtament 620.
— duae hereditates finden ſtatt, nicht der Satz nemo pro parte testatus intestatus, nicht das Accreſcenzrecht aus dieſem Satze, ſondern bloß das ex interpretatione voluntatis 623.
— die Grundſätze der testamenti factio finden nicht ſtatt 621.
— Maximilian I. dabei 625.
— kein Notherbrecht 621.
— kein Unterſchied zwiſchen Teſtament, Codicill und Vertragsmäßige Schenkung 622. Ademtion und Reſolution 622.
Minderjährige 81.
— bei der Reſtitution 69.
Missiones in bona 62.
— in bona defuncti 521.
— ex edicto Carboniano 62.
— im Erbrecht überhaupt 671.
— im Pfandrecht zur Begründung deſſelben 308.
— betm Concurſe der Miſſionspfandrechte 321.
— rei servandae causa 62.
— ex secundo decreto 62.
Modus 30.
— acquirendi 249.
— als Zweckbeſtimmung bei Teſtamenten, Erbeinſetzung, Vermächtniſſe ſ. Zweckbeſtimmung.
— bei Verträgen.
Mora 358.
— des Emphyteuta 296.
— der im Teſtament Beſchwerten ſ. Fideicommiſſum.
Morbus sonticus 80.
Mündliches Teſtament an ſich 606.
— — eines Blinden 607.
Mutuum 472. 473.
Mutuus dissensus 106.
Münzen, deren Curs 204.

N.

Nachlaßvertrag s. pactum de non petendo.
Nasciturus pro nato habetur, si de ejus commodo agitur 79.
Nautae 502.
Nauticum foenus 473. Note 1.
Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 26.
Nebensachen 208.
Nebenverträge beim Kauf 434.
Negligentia 33.
Negotiorum gestio 489.
Nemini res propria servire potest 274.
Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 517.
Nemo sibi causam possessionis mutare potest 220. II.
Nießbrauchrecht 277—279.
Nomen legatum 734.
Nominatores 195.
Nota levis 82.
Notherbrecht seine Geschichte 519, 548.
— der Nov. 115. S. 551, 552, 556.
— — Natur dieses Rechtsmittels aus der Nov. 115. 558.
Notorium 73.
Novatio in Obligationen 416.
— bei der Verpfändung 321.
Noxae deditio 502.

O.

Obereigenthum 233.
Obervormundschaft 195.
Obligatio alternativa 339.
— Begriff und Umfang 331.
— civilis, naturalis 333.
— einseitige und zweiseitige 334.
— futura 332.
— Geschichte derselben im strictum jus und der bona fides 331, 334.
— naturalis im Gegensatz zur nulla und inanis (reprobata) 332.
— perpetuatio 363.
— Quellen ders. 335. nach ihrem Grunde, sofort nach ihrem Gegenstande 336.
Obligatio Realisirung 353.
Obligatio solidarische s. solidum.
— solutio 354.
— System 424.
— unbestimmte 338.
— untheilbare a) in natürlicher Hinsicht (praediorum servitus — neque per te neque per heredes tuos fieri); b) ex eventu in genere — individuum factum, davon verschieden die 2 Arten der Solidarverbindlichkeiten, s. Solidar-obligatio.
Observanz 13.
Occupatio 252.
Oeffentliches Testament 608 bei Gericht, bei dem princeps.
Omission der Erbschaft 649.
Operae liberales 448.
— illiberales s. Miethe.
— servorum 280.
Operis novi nuntiatio 492.
Ordo succedendi s. Intestaterbrecht.
Ort bei dem Interesse 351.
— für die Realisirung d. obligatio 356.

P.

Pacht s. locatio.
Pactum im alten und neuen Sinn, bes. de ineundo contractu, adjectum, Verhältniß zu dritten 436.
— commissorium 314.
— displicentiae 436.
— dotale 129.
— de jurejurando 75.
— de non petendo s. solutio als exceptio.
Parapherna 128.
Partitio 679. 680.
Pater est quem nuptiae demonstrant 79.
Patria potestas 137—163.
— Beendigung 162, 163.
— Begründung 141—147.
Pauperies 502.
Peculium adventitium, regulare 153.
— — irregulare 154.
— castrense, quasi c. 152.
— profectitium 151.
Succession in dasselbe 540; kann ein filius darüber testiren 543.

Pegasianum Sctum 679.
Periculum bei Obligationen ſ. casus.
Perpetuatur obligatio 363.
Persona Begriff 78.
— certa 701.
— conjuncta ſ. conjunctio.
Perſonal= u. Realſtatuten 6.
Perſonen, juriſtiſche 85.
Perſonenrecht verſchieden von jus personale 33.
Pertinenzen 210.
Petitio hereditatis 512, insbeſ. 661 ff.
— — Ausbildung und gegenwärtiger Stand derſ. 665.
— Beweis 667.
— Verhältniß zu den Singularklagen 671.
Pfandrecht 298—330, ein durchaus auf privatrechtlichen Grundſätzen im Gegenſatz des polizeilich gebildeten deutſchen Syſtems.
— Anfang bei rebus futuris 312.
— Aufhebung 320.
— Begründung 307.
— betagtes, bedingtes 321.
— Concurrenz 312, 321, 324.
— im Concurs 325.
— Entſtehung 308.
— Forderungen, für die es haftet 301. 302.
— — welche ihm nachgehen 330.
— — welche ihm vorgehen 329.
— Gegenſtand deſſ. 304.
— generelles 305.
— Geſchichte 298, 299, 328.
— geſetzliches 310.
— — generelles ſpicielle 311.
— Klagen daraus 319.
— Privilegium der Priorität 323.
— Retentionsrecht 317.
— an eine species 305.
— ſtillſchweigendes 306.
— zweites auf eine Sache, iſt es ein Recht? 299, 312. S. 205. Not. 3.
Pflichttheil 559 ff.
Pia corpora 90.
Pignus ſ. Pfandrecht.
Pluspetitio ſiehe actio.
Poena conventionalis 408.
Poenae nomine relicta 578.
Pollicitatio 399.
Possessio 213—229. ſ. noch Beſitz.
Possessio bonae, malae fidei 225.
— — — — bei der Verpfändung 321.
— civilis, naturalis 218.
— est res facti 214.
— ficta 235, 243.
— juris 215, 225.
— justa, vitiosa 225.
— plurimum ex jure mutuatur 219.
— plurium in solidum non est 216.
— precaria 218.
— vitiosa 225.
Possessorium constitutum 221.
— ordinarium, summarium, summarissimum 229.
Posthumi Recht derſ. in Bezug auf ihre Einſetzung 549, 554.
Postliminium ſ. occupatio.
Praedium urbanum, rusticum 585, 286.
Praejudicia 59, 61.
Praelegatum 693. ff.
Praescriptio acquisitiva 260—268. ſ. Verjährung.
— exstinctiva 42—48.
— immemorialis 49.
— longi temporis 260.
— longissimi temporis 267.
Praesumtio 73.
Pretium 426.
— affectionis 348.
Primipilarforderung 323.
Privation 296.
Privilegia 36. (favorabilia, odiosa, gratuita, onerosa.)
— conventionalia 37.
Privilegienklage 37.
Privilegirte Teſtamente unter Eheleuten 611, 612.
— — parentum inter liberos 610.
— — ruri conditum 613.
— — tempore pestis conditum 614.
Privilegium exigendi 52. 330.
Probatio ſ. Beweis.
Procente ſ. Zinſen.
Procurator ſ. Mandatum.
— in rem suam ſ. Cessio.
Prodigus 174.
Promulgation der Geſetze 11.
Proprietas ſ. Eigenthum.
Protestatio 24.

Protutor 191.
Prudentum auctoritas 15.
Pubertas 80.
Publicität des Pfandrechts 322.
Publiciana in rem actio 247.
Punctation bei Verträgen 401.
Pupillenpfandrecht 310, 311.

Q.

Quarta Falcidia 706. ff.
— D. Pii 144.
— Trebelliana 709.
Quellen des Rechts überhaupt 10.
— d. canonisch. u. röm. Rechts 16.
Querela inofficiosae donationis, dotis 565.
— inofficiosi testamenti 562.
— nullitatis s. Suttät.
Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam s. Eigenthum.
Quittungen 473.
Quota litis als Verbot bei Verträgen der Advocaten.

R.

Rapina s. furtum.
Ratihabitio 24.
Realcontracte s. Verträge.
Reallasten der deutschen 273. Hatten die Römer etwas Aehnliches, Zinsgüter, wie weit gehören sie hieher. Renten (Gülten). Zehnten, Frohnden, Zwang- u. Bannrechte. Deutsche Regalitätsrechte. Gewähr, Besitz.
Rechnungsablage des Vormünders 187
Recht allgemeines besonderes 36.
Rechtsgeschäfte 20.
Rechtsmittel außergerichtliche (Retention Selbsthülfe, Arrest) 71, 72.
— vor Gericht 53 — 69.
— Uebergang auf die Erben 70.
Rechtsverhältnisse Erwerbung 39, 40.
— Verlust 41.
Rechtswohlthaten s. beneficia.
Receptum bei den nautae etc. 496 502.
— bei den Schiedsrichtern.
Redemtor operis 445.
Redotationspflicht 111.
Regula Catoniana 717.
Rolocatio 446.
Remedium spolii 229.
Rentenkauf 346.
Repräsentationsrecht im Erbrecht 530.
Repudiation der Erbschaft 649.
Res 198.
— necessariae 208.
— in commercio et extra c. 199.
— communes omnium 201.
— corporales, incorporales 204.
— creditae 472.
— dividuae individuae 206, 207.
— divini juris 200.
— ecclesiasticae 200.
— fungibiles 204.
— judicatae 421.
— mobiles immobiles 205.
— nullius 201.
— publicae 202.
— religiosae, sacrae, sanctae 200.
— universitatis 262.
Reservation. 24.
Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis 234.
Respectus parentelae 102.
Restitutio aedium, Pfandrecht 310.
Restitutio in integrum 68, 69.
— — die allgemeinen 3 Gründe 68.
— — majorum ob absentiam 67.
— — — ob metum et dolum 68.
— — — ob errorem 69.
— minorum 69, 197.
Retention 71.
— der dos 123.
— beim Pfandrecht 317.
Retracte 425. 426.
Reugeld 408.
Revocation der Schenkung, wegen Impietät geht nicht auf die uneigentlichen Schenkungen s. Schenkung.
Rückbürge 508.
Ruta caesa 205.

S.

Sachenrecht 35.
Säen, Pflanzen 255.
Satisdatio s. Bürgschaft.
Schaltjahr 46.
Schatz 258.
Schenkung s. donatio.
— Beschränkungen 463, 465.
— erscheint jetzt als einfacher Vertrag oder als einseitiges Versprechen 461.
— gibt nur Singularsuccession 462.
— nicht reine Schenkungen d. h. solvendi od. credendi animo 466.
Schiedsrichterlicher Vertrag 458.
Schmerzensgeld s. L. Aquilia 495.
Schriftliches Testament 605.
Schwägerschaft 93.
— bei der Ehe 102.
Schwangere Witwe 108.
Secretum ultimae voluntatis 60, 569, 608.
Seewurf 502.
Selbsthülfe 71.
Senatusconsultum Claudianum s. Libonianum.
— Iuventianum s. hereditatis petitio.
— Libonianum 601
— Macedonianum 161.
— Orphitianum s. Intestat-Erbrecht
— Pegasianum s. Trebellianum.
— Plancianum 108.
— Tertullianum s. Intestaterbrecht.
— Trebellianum 679,
— Vellejanum 509—511.
Separatio quoad thorum et mensam 106.
Separation im Concurs 53.
— der Erbschaftsgläubiger 644.
— im Pfandrecht 327.
Sequester 214. S. 230.
Servitutes Aufhebung 292, 295.
— Begriff 270.
— Besitz 275.
— Erwerb 290, 291.
— Interdicte 275.
— Klagen 287—289.
— personales 276.
— praediorum 282.
— — rusticorum, urbanorum 281.
Servitutes Untheilbarkeit 283.
— Verhältniß zum Eigenthum 280.
— Verpfändung 304.
Servitus servitutis esse non potest 274.
Sicherheit s. cautio.
Silva caedua 278.
Simulation bei Rechtsgeschäften 21.
Societas 449,
Socius liberalitatis principis 538.
Socinische Cautel 562, 563.
Solarium 295.
Soldaten Vorrechte beim error juris 19.
— — bei Testamenten s. militare testamentum.
Solidarobligation 366. Man unterscheide:
a) Solidarität u. Individualität.
b) Die erste als directe und correalis u. als indirecte.
c) Die andre als individua ab initio und ex eventu.
Solidum — possessio u. proprietas in solidum s. daselbst.
Solutio im Allgemeinen 415.
— in Geld 354.
— ope excptionis 420.
— oder resolutio testamenti im Gegensatz der ademtio 575.
Specification 253.
Species 204.
Spedition 439, 488.
Spiel 459.
Spolium 72, 229.
Sponsalia 199. (de futuro, de praesenti, claudestina, publica. — Wirkung von Betrug, Irrthum, Zwang.)
Sponsio s. stipulatio — alter Prozeß.
Spurii 92.
Staatsbeamte deren Haftung 87.
Standesverschiedenheit 83.
Status civitatis, libertatis, familiae 82.
Statute 6.
Stellvertreter s. procurator, ferner bei dem Besitz.
Stipulatio giebt es eine obligatio correalis ex stipulatu? 368.
— ist noch etwas davon anwend-

bar, z. B. als einfaches Verſprechen ohne causa 387.
Stipulatio necessaria 400.
Stirpes bei der Inteſtaterbfolge ſ. Deſcendenten.
Strictum jus in letztwilligen Anordnungen 571.
Subhastatio ſ. Kauf, Pfand.
Substitutio duplex 595.
— militaris ſ. Militare testam.
— mortis causa 513.
— pupillaris 596.
— quasi pupillaris 597, 598.
— in conditione spoita 583.
— universalis singularis 512, 513.
— vulgaris 590—592.
Subſtitutionen 599
— bei Vermächtniſſen 699.
Substitutus substituto, est substitutus instituto 594.
Successio graduum 534.
— ab intestato ſ. Inteſtaterbrecht.
— ordinum 534.
— in die Rechte d. Pfandgläubigers 327.
— singularis, universalis 40.
Succeſſionsrecht bei der Querel 562.
Sui Recht derſelben 549.
— — bei der Einſetzung 553.
— bei der Enterbung 553.
Supellex legata 726.
Superficies 255, 297.
— Verpfändung derſ. 504.
Suppletoria actio 562, 563.

T.

Tantum est praescriptum, quantum possessum ſ. praescriptio beſonders wegen des Pfandrechts.
Taube und Stumme, deren Teſtament 543.
Tauſch 438.
Tempus ſ. Zeit.
— continuum, utile 46.
— Teſtament Begriff 541.
— Verhältniß zum Codicill 542.
— Grundſätze 517.
— wann iſt es vollziehbar 629.
Testamentifactio activa 543.
— passiva 544.
Testamentifactio was gehört als actus dazu 569.
Testamentum destitutum 628.
— injustum 627.
— irritum 627.
— juris canonici 608.
— mutuum, reciprocum et correspectivum 612, 618.
— ad pias causas 615.
— privilegiatum 610.
— ruptum 627.
— tempore pestis, ruri conditum ſ. testamentum privilegiatum.
Theile der Erbſchaft 588.
Theilung unter den Erben 651.
Theilungsklagen ſ. judicium divisorium.
Theilungen außer der Erbſchaft.
Tignum junctum 219.
Titulus justus 264.
Tod im allgemeinen Theil, ſiehe als Aufhebungsgrund der Obligationen, bei der Servitut, dem Mandat.
Traditio 251.
Trajectitia pecunia ſ. mutuum.
Transactio 457.
Transmiſſion 645, 646, 647, 648.
Trauerjahr 101.
Trödelcontract ſ. unbenannte Verträge.
Turpitudo 82.
Tutela 164—197.
— Anfang 171.
— Beendigung 192, 193.
— dativa 169, 170.
— legitima 167.
— der Mutter u. Großmutter 68.
— ſubſidiäre Haftung der Obrigkeit 196.
— Verwaltung 176, 178—180.
Tutor Excuſationen 172.
— falsus protutor 191.
— gerens, honorarius, notitiae causa datus 171.
— suspectus 194.
— Verantwortung 186.
— Veräußerungsrecht 184.
Tutoren. Solidarität 371.
Tutoris auctoritas 173.

U.

Ueberfall s. interdictum de glande legenda.
Uebergang der Rechtsmittel auf die Erben 70.
Unbebautes Land 252.
Unfähigkeit zum succediren mortis causa 514. Not. 2.
Universalsuccession 512, 513.
Universalvermächtniß 678.
Universitas personarum 85, 89.
— rerum 206.
— — beim Vermächtniß 724.
Unmündige können sie testiren? 543.
— werden sie ohne locupletatio verpflichtet 332. S. 242.
Unterredungen psychologische 574.
Untheilbarkeit bei den Obligationen 376.
— des Pfandrechts 303.
— der Prädialservituten 266.
Urkunden 74. s. auch scriptura in den Verträgen.
Usucapio 260.
— libertatis s. Servituten.
Usurae sind sie fructus? Allerdings, aber sie werden ihnen nicht gleichgehalten im Verzug: sie sind keine Folge der Aequität.. — Trientes, besses, semisses, Canonisches Recht. Das römische Recht wird hergestellt 346, 347.
Usurpatio 266.
Usus 280.
Ususfructus 277—279.
— z. dos bestellt 112.
— nominum 279.
— quasi us. 279.
— Verpfändung 304.

V.

Variandi jus s. alternative Obligationen 338. 339. Pfandrecht 312. Legat 723.
Väterliche Gewalt s. patria potestas.
Vellejanum Sctum Veränderungen Justinians 509—511.
Venditio bonorum 512.
Venia aetatis 80.
Verantwortlichkeit der Beamten 86, 87.
Veräußerungsverbot durch Vertrag 234.
Verbindlichkeiten s. Obligationen
Vergleich 457.
Verhältnisse der Verlobten 99.
Verjährung s. praescriptio u. usucapio.
— bei Emphyteusis 296.
— bei Pfandrecht 327.
— bei Servituten 293.
— bei vindicatio 239.
Verkauf s. Kauf.
— der Erbschaft 643.
— — Rechte daraus 668.
— Gefahr bei Nebenleistungen 429, 430.
— bei der Verpfändung 314, 316.
Verlöbnisse s. sponsalia.
Vermächtnisse im Allgemeinen 691. ff. s. auch Prälegat.
— von Alimenten 731.
— Anordnung 696.
— aurum, argentum, ornamentum mundus 727.
— eigener und fremder Sachen 732.
— einzelne Arten (instrumentum legatum supellex legata) 726.
— von Forderungen und der dos 734—737.
— vom Nießbrauch, Pfandrecht 731,
— Rechtsmittel im allgemeinen 714.
— — zum Schutz der falcidischen Quart 712.
— — Sicherheitsmittel 715.
— terminliche 731.
— Unterschied zwischen Legat und Fideicommiß 676.
Vermischung und Vermengung 257.
Vermögen, Nießbrauch davon s. diesen.
— Pfandrecht daran.
a) an sich nach dem Unterschied des speciellen und generellen 305, 321.
b) an rebus futuris 312, 321.
Vermögensrecht der Kinder 150—161.
Verpfleger eines Wahnsinnigen 509.
Verschollenheit 81.
Verschwender s. prodigi.
Versio in rem beim Pfandrecht 323.

Vertrag s. contractus, pactum, stipulatio.
— Auslegung 402.
— Bestimmung des neurömischen und jetzigen Vertragssystems durch die Richtung auf die Gefahr 395.
— Einfluß des Condictionensystems 394.
— Form. Es giebt keine einseitigen Versprechen mehr. (Für die alte stipulatio, und nur für diese war die causa formalis) 387.
— Gegenstand des Vertrags in der Richtung zur stipulatio 400.
— Neues System 397.
— Neurecht 388.
— über Erbschaft 516.
— was ist dabei die causa materialis (Beweggrund oder Verpflichtungsgrund) ? 388.
— wie unterscheidet sich contractus und pactum 391, 392.
— wie unterscheidet sich stipulatio und die neue Vertragsregel? 401.
— Wird durch Vertrag eine Servitut erworben 290.
— correalität 367—370.
Vertretbare Sachen s. res fungibiles.
Verwandtschaft s. cognatio.
— außereheliche bei der Intestatsuccession 524.
— bürgerliche desgleichen 524.
Verzicht auf Privilegien s. diese.
Verzug s. mora.
Via s. servitus.
— publica 203.
Vicinum praedium 271 II.
Vindicatio 243—245.
— libertatis 287.
Virilis portio, im Gegensatze der in stirpes, in lineas
Vis s. interdictum quod vi aut clam 491, unde vi 228: (vis amata.)
— bei Testamenten 274.
— bei Verträgen 405, 406.
Volljährigkeit 80
Vorbehalt des Eigenthums 437.
Vorkaufsrecht s. jus protimiseos 437.
Vormundschaft s. tutela.
Vulgo quaesiti 92.

W.

Wahlrecht bei Vermächtnissen 723.
Wassergerechtigkeit 285. II.
Wechsel 379.
Wechselvertrag 439.
Weg s. via.
Weiber, deren Privilegien s. error juris, u. Sctum Vellejanum.
Wetten 459.
Widerspruchsrecht der Tochter bei der Verheirathung 100.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. restitutio in integrum.
Willensäußerung 22.
Witwe arme beim Testament 536.
— Pflicht nach dem Tode des Mannes 101.
Wittwer und Wittwe, Pfandrecht gegen sie 319.
Wohlthat s. beneficium.
Würderungseid s. juramentum in litem.

Z.

Zahlung s. solutio.
Zeit der Erbeinsetzung 585.
— bei dem Interesse 351, 357.
Zeitbestimmung 29.
Zeitlauf bei der Klagenverjährung 45, 46.
Zeugen 73.
— beim Testament 604.
Zinsen 344—347. s. usurae.
Zinswucher 347.
Zufall s. casus.
Zwang 18, 19.
— bei Antretung der Erbschaft 639.
— bei letztwilligen Anordnungen 574.
— bei der Restitution 68.
— bei Verträgen 405, 406.
Zweck s. modus.
Zweckbestimmung 586.

Nachtrag der Druckfehler zu dem ersten Bande.

S. 93. Z. 16. statt auf: auch.
S. 97. Z. 5. statt Executions: Executiv.
S. 107 Z. 27. fehlt nach beziehen: sie.
S. 121. Z. 14. statt wichtig: nichtig.
S. 127. Z. 14. statt seine: seiner.
S. 149. Z. 25. statt welchen: welche.
S. 150. Z. 13. statt Criminolordnung: Criminalordnung.
S. 214 Z. 25. fehlt nach die: res.

Nachtrag der Druckfehler und Verbesserungen zum zweiten Bande.

S. 12. Z. 12. statt Zoll: Zahl.
S. 12. Z. 23. statt Goldcurs: Geldcurs.
S. 31. Z. 15. statt im: ein.
S. 31. Z. 19. statt ein: im.
S. 32. Z. 1. statt rein: eine.
S. 98. Z. 10. statt der Eigenthümer: man gegen den Eigenthümer des Bodens.
S. 147. Endzeile statt dem: den.
S. 158. Z. 23. statt und: um.
S. 208. sub III. gehört die Stelle dazu l. 22. §. 3. D. 13. 7.
S. 229. §. 324. die Stelle l. 10. D. 20. 1.
S. 256. sub Nr. 3. gehört vor dem Worte: in der andern Hinsicht tit b.
S. 258. Note 5. statt l. un: l. 11.
S. 287. Z. 16. 17. sind die 2 Anfangsworte versetzt.
S. 346. Das Wort einseitig hat einen doppelten Gegensatz zum gegenseitig im deutschen Sinne und zum zweiseitig im römischen und deutschen Sinne bei Verträgen.
S. 387. Z. 11. fehlt nach weil: wir.
S. 402. Z. 16. statt: Verbalcontracte: Consensualcontracte.
S. 406. Z. 7. statt Schuldner: Gläubiger.
S. 425. Z. 23. statt kein: keine.
S. 447. Z. 20. statt colonnus: colonus.
S. 471. Z. 8. statt zwischen: inter.
S. 494. Z. 21. statt der: des.
S. 496. Z. 14. statt Naturalobligation: Naturalalimentation.
S. 517. Z. 6. fehlt: durch den Principal.
S. 533. vorletzte Zeile statt das: daß.
S. 535. Z. 10. statt institiora: institoria.
S. 543. Z. 19. statt novatio: uunciatio.
S. 591. Z. 25. statt heben: haben.

Druckfehler und Verbesserungen zum dritten Bande.

S. 6. Z. 20. statt aquisitum: acquisitivum.
S. 28. Z. 13. statt den Urgroßvater dem.
S. 36. Z. 19. statt dem: den.
S. 71. Z. 17. statt p. pio: h. pio.
S. 74. in der Note statt Pflichtsrecht: Pflichttheilsrecht.
S. 76. Z. 14. ist das Wort nicht auszustreichen.
S. 91. Note 1. Für die Laien war die Bestimmung zur Zeit des canonischen Rechts schon geltend, der Pabst verfügte also für die Geistlichen, die ja jure romano nach dem römischen Personalitätsrechte lebten. Am wenigsten kann daher die Berufung v. Savigny's III. Bd. der Pandecten S. 133. auf eine hingeworfene Note Böhmer's im Corp. jur. can. wirken! Böhmer hat nur ein paar Worte gebraucht, aber keine gründliche Widerlegung des Gegentheils. Siehe jetzt auch im Buche selbst Seite 286. in der Note, sodann §. 632. wo freilich der Geistliche auch über den acquestus ecclesiasticus einen mediator zu frommen Zwecken bestellen konnte, worüber auch die Päbste speciell verfügten, was man aber nicht mit dem allgemeinen Rechte verwechseln darf.
S. 100. Z. 1. statt potestat: potestativ.
S. 108. letzte Zeile statt Testator: Erbe.
S. 109. Z. 12. statt werde: werden.
S. 136. Z. 18. statt versammelte: versammelten.
S. 137. Die mancipatio ist ein Hinüberziehen des testamenti aus dem jus publicum in das jus privatum.
S. 168. Z. 8. statt diem suam: diem suum.
S. 174. Zeile 7. statt pius: pias.
S. 182. Z. 27. statt der Concurrenz: in der Concurrenz.
S. 230. Z. 19. statt verwaltenden: vorwaltenden.
S. 232. Z. 14. statt dem Kläger; den Kläger.
S. 253. Z. 18. statt eine: einer.
S. 257. Z. 4. statt gültiger: günstiger.
S. 258. Z. 6. muß der gestrichen werden.
S. 286. Z. 19. muß es heißen statt A: B.

Bayerische Staatsbibliothek München

Werner

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Roßhirt, Conrad Franz,

Gemeines Deutsches Civilrecht

Bd.: 3

Heidelberg 1841
J.rom.c. 280 n-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565842-0